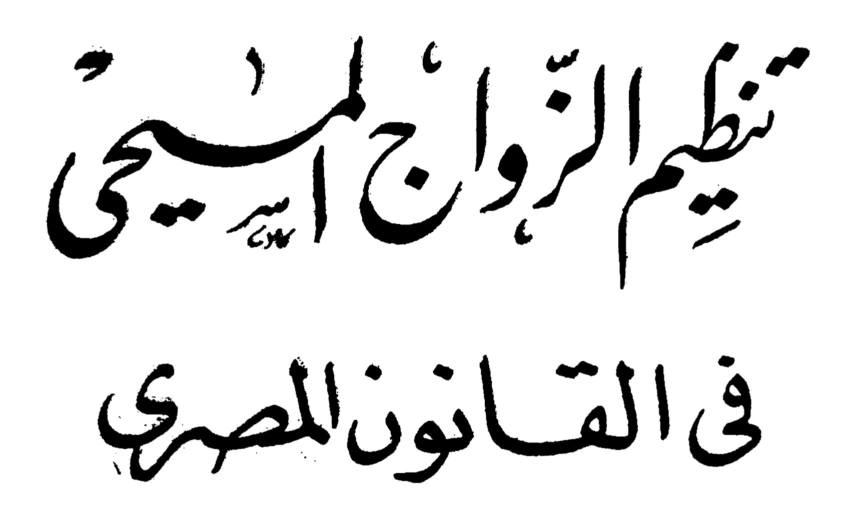
الدكتور مصطفى محمد الجمال
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



١٩٧٤

الناشر
مؤسسة شباب الجامعة
ت ٣٩٤٧٢ الاسكندرية



تمهيد

١ — كان من نتائج حركة التقنين التى غزت العالم منذ مطلع القرن الماضى أن أصبح هناك فى معظم البلاد قانون واحد يضم بين دفتيه أنظمة الأحوال الشخصية، التى تدور حول الإنسان فى ذاته وأنظمة الأحوال العينية، التى تدور حول المال، هو القانون المدنى. غير أن القانون المدنى المصرى - لأسباب بعضها تاريخى وبعضها يتعلق بالسياسة التشريعية - يقتصر على أنظمة الأحوال العينية دون أنظمة الأحوال الشخصية التى تحكمها الشرائع الدينية والقوانين الخاصة الصادرة بشأنها.

فقبل إدخال التقنينات الحديثة فى مصر - والمستمدة من القوانين الاوروبية - كانت الشريعة الإسلامية هى المطبقة فيها. وهذه الشريعة - إنبعاثاً من إقرارها بحرية العقيدة - كانت تسمح لغير المسلمين من أهل الكتاب بتطبيق شرائعهم الخاصة فى كل ما يمس العقيدة من أنظمة. لذلك فقد كانت كثير من المسائل المعروفة الآن باسم مسائل الأحوال الشخصية متروكة - بصفة عامة - لحكم الشرائع الدينية المختلفة ولولاية القضاء القائم على تطبيقها.

وفى أواخر الحكم العثمانى نشأ نظام الامتيازات الأجنبية، تحت ضغط المد السياسى والإقتصادى الأوربى الذى صادف اضمحلال الدولة العثمانيه [1]. وقد بدأ هذا النظام باتفاق بين الدولة العثمانية وبين فرنسا، مالبث أن امتد إلى غيرها

---

(١) فى نظام الامتيازات الأجنبية، أنظر بصفة خاصة، حسام عيسى، الرأسمالية والتبعية المساهمة في مصر، باريس، ١٩٧٠، ص ٦١ وما بعدها.

من الدول. وبمقتضى النظام المذكور أصبح الأجانب المتمتعون بنظام الإمتيازات لايخضعون للقضاء المحلى وإنما لقضـــاء المحاكم القنصلية التابعة لدولهم، ومن ثم لقوانين هذه الدول. وقد كان اختصاص المحاكم القنصلية قاصراً فى البداية على المنازعات بين رعايا الدول التى تتبعها، ثم مالبثت هذه المحاكم أن مدت ولايتها - مستغلة فى ذلك تسامح السلطة المحلية وضعفها - إلى المنازعات بين رعايا دولها وبين غيرهم من الأجانب، ثم إلى المنازعات بين هؤلاء وبين رعايا الدولة العثمانية ذاتها. وعلى هذا النحو فقد صار الأجانب فى مصر خاضعين بصفة مطلقة لمحاكمهم وقوانينهم الخاصة، أياكانت طبيعة النزاع، وسواء كان من مسائل الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، مما ضاعف من حجم مشكلة تعدد القوانين المعمول بها فى مصر. فلم يعد الأمر قاصراً على اختلاف بعض أنظمة الأحوال للشخصية باختلاف الديانات، وإنما تعدى ذلك إلى إختلاف أنظمة الأحوال الشخصية والأحوال العينية على السواء باختلاف الجنسية.

٢ — ولاشك أن الوضع السابق كان وضعاً غريباً إذا ما نظر اليه من زاوية مبادىء القانون العام فى العصر الحديث. فهذه المبادىء تعطىء للدولة سيادة تامة ومطلقة داخل إقليمها، وترتب على ذلك خضوع جميع الموجودين عليه - من وطنيين وأجانب - لقانون واحد وقضاء واحد هما قانون الدولة وقضائها. على أن غرابة هذا الوضع لم تكن تقتصر على هذه الناحية السياسية، وإنما كانت تمتد كذلك إلى الناحية العملية. فقد كان تعدد جهات القضاء وتعدد القوانين الواجبة التطبيق مثاراً لتنازع الإختصاص القضائى وتنازع الولاية القانونية، وكان هذا التنازع يؤدى إلى تعددا لأحكام الصادرة فى نزاع واحد وتضاربها، على نحو يحول

فى النهاية دون امكان تنفيذها فى كثير من الأحيان (١) . وقد زاد من حدة هذه المشكله عدم وجود سلطة عليا واحدة يمكن أن تراقب الجهات القضائية المتعددة فى إعمالها للقوانين المختلفة صاحبة الولاية .

كذلك لم تكن للدولة سيطرة على الجهات القضائية المختصـــة بنظر منازعات المصريين غير المسلمين ولا على الجهات القضائية المختصة بنظر منازعات الأجانب، أو على الإجراءات الواجبة الاتباع أمام اى منها، مما كان يؤدى إلى انعدام الإستقرار الواجب وارهاق المتقاضين .

وأخيرا فقد كان يصعب على المتقاضين أنفسهم التعرف على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق ، ليس فقط فى القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق وإنما كذلك فى الشرائع الدينية المعمول بها فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين (٢) .

ولذلك كله كان من الواجب السعى وراء توحيد القواعد القانونية الواجبة التطبيق وإخضاعها لسيطرة المشروع المصرى ، وتوحيد جهة التقاضي وإخضاعها لسيطرة الدولة المصرية .

٣ — وقد بدأت عملية التوحيد باخضاع الأجانب للنظام القانونى والقضائى

---

(١) أنظر مثالا لذلك ، صدور حكم نهائى من المحكمة الشرعية بإسقاط نفقة الطالبة على أساس حصول طلاقها من زوجها ، وصدور حكم نهائى أخر من المجلس الملى للاقباط الارثوذكس بتقدير النفقة على أساس قيام الزوجية(نقض مدنى ٢٦ | ١ / ١٩٥٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ، ص ٧٢٩ ، بند ٣) .

(٢) فكثير من القواعد لم يكن من اليسير على المتقاضين الوصول اليه من خلال متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات المجتهدين من رجال الكهنوت ، المكتوبة فى غالب الأحوال بلغة لا تفهمها غالبيتهم ، لاتينية كانت أو يونانية أو سريانية أو أرمينية أو قبطية أو عبرية . أنظر المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

المصرى . وكانت الخطوة الأولى فى هذا الشأن هى إصدار التقنينات المختلطة وإنشاء المحاكم المختلطة فى الربع الأخير من القرن الماضى - بموافقة الدول صاحبة الإمتيازات لحكم المنازعات المالية التى تختلف جنسية أطرافها . وبذلك توحد قانون الأحوال العينية وقضاؤها فى العلاقة بين الأجانب مختلفى الجنسية أو بين الأجانب ورعايا الدولة العثمانية فى مصر ، مع بقاء المحاكم القنصلية والقوانين الأجنبية لحكم مسائل الأحوال الشخصية عموما وحكم مسائل الاحوال العينية بالنسبة للأجانب المتحدى الجنسية . ومن المسلم به أن التوحيد فى هذا النطاق وبهذا الاسلوب كان قد أصبح لازما لخدمة مصالح الدول الاجنبية صاحبة الإمتيازات ذاتها بعد غزو الأجانب للاقتصاد المصرى وإدماج مصر فى السوق الرأسمالية العالمية . ولذلك لم يجد معارضة من هذه الدول إن لم يكن قد وجد تشجيعا منها [1] .

أما الخطوة الثانية فقد كانت الغاء نظام الامتيازات من أساسه بمعاهدة منترو سنة ١٩٣٨ ، تحت تأثير انبعاث الوطنية المصرية على النطاق السياسى والإقتصادى. ومع ذلك فقد حددت المعاهدة المذكورة فترة إنتقال قدرها إثنتى عشرة سنة عمم خلالها إختصاص المحاكم المختلطة ، على نحو صار معه إختصاص المحاكم القنصلية قاصرا على نظر مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للاجانب رعايا الدول الموقعة على المعاهدة والتى احتفظت لمحاكمها القنصلية بهذا الإختصاص . ولذلك فلم يخضع الأجانب بصفة مطلقة للقانون وللقضاء المصرى إلا فى ١٩٤٩ بزوال ولاية المحاكم المختلطة والقنصلية على السواء ، وزوال ولاية القوانين التى كانت تقضى بمقتضاها. وفى هذه المناسبة صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء كما صدر القانون المدنى الحديث . وقد نصت المادة ١٢ من القانون الاول على أن

---

(١) فى هذا المعنى ، حسام عيسى ، المرجع السابق .

« تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات وفى المواد المدنية والتجارية ، وفى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص . كذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل فى المنازعات والمسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية » . أما القانون الثانى فقد وضع التنظيم اللازم لتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاجانب شخصية كانت أو عينية - وفقا لمبادىء القانون الدولى الخاص .

أما بالنسبة للمصريين أنفسهم فقد ظل التعدد - فى الحدود التى كان قائماً فيها - حتى كان صدور القانون رقم ٤٦١ والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . فقد استبدل القانون الاول بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء سالفة الذكر النص على أن « تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . أما القانون الثانى فقد نص على الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ونظم إحالة الدعاوى التى كانت منظورة أمامها إلى المحاكم العادية . وبذلك تحقق توحيد جهة التقاضى فى مصر وصارت المحاكم العادية تنظر منازعات الأحوال الشخصية بجانب منازعات الأحوال العينية ، حتى بالنسبة للمصريين .

على أن توحيد جهة التقاضى لا يعنى توحيد القانون الواجب التطبيق . فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ على أن « تصدر الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من إختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . ألا بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مليه منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الاحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم .

والذى يفهم من ظاهر النص السابق هو أن مسائل الاحوال الشخصية بأكملها

مازالت خاضعة لولاية الشرائع الدينية . غير أن الواقع أن ولاية الشرائع الدينية غير الإسلامية لم تكن تمتد فى وقت من الاوقات إلى جميع مسائل الأحوال الشخصية ، كما أنه قد سبق صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ صدور عدة قوانين موحدة بالنسبة لكثير من هذه المسائل . لذلك كان علينا - قبل المضى فى دراستنا - أن نحدد بدقة ما يخضع لولاية الشرائع الدينية من مسائل . وهذا التحديد يفترض بداهة تحديد مضمون إصطلاح الاحوال الشخصية من ناحية وتحديد مايخضع لقانون موحد من المسائل الداخلة فى هذا المضمون من ناحية أخرى ، حتى تبرز أمامنا المسائل التى مازالت خاضعة لولاية الشرائع المذكورة ، وحتى يتحدد مدى فائدة البحث فى تحديد المقصود باصطلاح الاحوال الشخصية .

١ - فكرة الأحوال الشخصية

٤ — كانت الشريعة الإسلامية - كما قدمنا - هى القانون الواجب التطبيق بصفة عامة حتى إدخال التشريعات المأخوذة عن القوانين الأجنبية فى مصر . وهذه الشريعة لاتعرف فكرة الأحوال الشخصية بين تقسيماتها القانونية . فأحكام الشريعة الإسلامية تتفرع إلى فرعين رئيسين هما الأحكام المتعلقة بالعقائد والأحكام المتعلقة بأعمال الإنسان . وهذه الاخيرة تنقسم بدورها إلى أحكام العبادات التى تنظم علاقة الإنسان بربه وأحكام المعاملات التى تنظم علاقة الإنسان بغيره من الناس . والاولى يقتصر الخطاب فيها على المسلمين وحدهم ، انبعاثاً من مبدأ حرية العقيدة . أما الاخيرة فيتوجه الخطاب فيها إلى كل من يوجد بدار الاسلام مسلماً كان أو ذمياً ، لانها تنظم فى الواقع مجرد علاقات اجتماعية .

وتعتبر أحكام نظام الزواج - بحسب الاصل - من أحكام المعاملات وفقاً

للفكرة التى يبنى عليها التقسيم المتقدم . غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ألحقوها حكماً بأحكام العبادات ، بالنظر إلى اتصال الكثير منها بأحكام العقيدة وتأثره به . ومن ثم فقد أجازوا لغير المسلمين أن يترافعوا فيهما لسلطاتهم الدينية - بما يترتب على ذلك من تطبيق شرائعهم الخاصة بشأنها - استثناء من أحكام المعاملات بصفة عامة (١) .

والواقع أن اصطلاح الاحوال الشخصية نشأ فى ايطاليا خلال القرون الوسطى لتعيين ما يثبت للانظمة القانونية المحلية من ولاية استثناء من ولاية النظام القانونى العام المطبق فى جميع أنحاء البلاد ، وهو النظام المستمد من القانون الرومانى (٢) . وقد كان هذا الاصطلاح يتخذ فى هذا الصدد مدلولا واسعاً يمتد ليس فقط إلى حالة الأشخاص - بكل ما تتضمنه من مسائل - وأهليتهم ، وإنما كذلك إلى المواريث والوصايا والهبات . غير أن الاصطلاح لم يلبث أن أمتد بعد ذلك إلى كثير من الدول كفرنسا ، ولكن بمدلول أضيق يقتصر على مسائل الحالة والاهلية دون المواريث والوصايا والهبات . ومن الواضح أن فكرة الأحوال الشخصية - فى أى من مدلوليها - تتجاوز مدلول أحكام الزواج التى يخضع فى شأنها غير المسلمين لشرائعهم وفقاً للشريعة الاسلامية .

---

(١) أنظر فى ذلك المراجع التى أشار اليها الأستاذ الدكتور توفيق فرج فى مؤلفه « أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين » ، الطبعة الثانيه ، ١٩٦٩ ، ص ٢٣ وما بعدها .

(٢) أنظر فى ذلك ، أحمد سلامة : الوسيط فى الأحوال الشخصية ، ١٩٦٨ ، ص ٢٣ وما بعدها ، حسام الدين كامل الأهوانى ، مبادىء الأحوال الشخصية ، ١٩٧٢ ص ٢٨ .

غير أن اصطلاح الأحوال الشخصية قد وجد طريقه إلى المصطلح القانونى المصرى مع حركة الإصلاح القضائى والتشريعى فى الربع الأخير من القرن الماضى . فقد انتهت هذه الحركة - كما قدمنا - بانشاء المحاكم المختلطة وإصدار التقنينات المختلطة للفصل فى مسائل الأحوال العينية المختلطه ، على نحو صار معه اختصاص المحاكم القنصلية قاصراً على محاكم الأحوال الشخصية ، بجانب مسائل الأحوال العينية فى حالة اتحاد جنسية الخصوم . ولذلك فقد نصت المادة ٤ من القانون المدنى المختلط على أن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج والميراث والوصية والوصاية والقوامة تبقى من اختصاص قاضى الأحوال الشخصيه .

كذلك فقد انتهت الحركة المذكورة بتنظيم المحاكم الاهلية للقيام على تطبيق التقنينات الأهليه ، مع بقاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية. وقد استعمل اصطلاح الأحوال الشخصية بالمثل لفصل اختصاص الأولى عن اختصاص الأخيرة . فقد نصت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى مسائل الأنكحه وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها، ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية » .

ومن الواضح مما تقدم أن النصوص التى أدخلت اصطلاح الأحوال الشخصيه فى مصر لم تعن بوضع تعريف منضبط له بقدر عنايتها بتعداد معظم المسائل التى ينصرف إليها ، مع التنبيه الكافى إلى أن هذا التعداد قد جاء على سبيل المثال . غير أنه يلاحظ من التعداد المذكور اتجاها واضحا من هذه النصوص نحو التوسع فى مدلول الاصطلاح .

وقد تابعت فكرة الاحوال الشخصية توسعها فى مصر على أثر معاهدة منترو سنة ١٩٣٧ التى جعلت المحاكم المختلطة مختصة بالنظر فى مسائل الاحوال الشخصية إلى جانب المحاكم القنصلية . فقد صدرت لائحة التنظيم القضائى محددة المقصود بالاحوال الشخصية فى المادة ٢٨ منها . وإذا كانت المادة المذكورة قد اتبعت الاسلوب السابق فى تعداد أهم المسائل التى تدخل تحت مدلول الاحوال الشخصية، إلا أن أهم ما تميز به نصها هو التفرقة بوضوح بين كل من الحالة والاهلية ونظام الاسرة (١) . هذا بالاضافة إلى أن النص المذكور قد أعتبر الدوطة من مسائل الاحوال الشخصية خلافا لما يذهب إليه البعض من تميزها عن المهر فى هذا الصدد والنظر إليها كعقد مالى مستقل يدخل فى مدلول الاحوال العينية .

وقد ظل تحديد المقصود بالاحوال الشخصية محكوما بالنص السابق حتى زالت المحاكم المختلطة والقنصلية ونقل اختصاصها إلى المحاكم الوطنية بمقتضى المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩، على النحو السابق الإشارة اليه. وقد عنى هذا القانون بتحديد مسائل الاحوال الشخصية فى المواد ١٣ و ١٤ منه .

---

(١) تنص المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم على أن مسائل الأحوال الشخصية « تشمل المنازعات الشخصية والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبنى والوصايه والقيامة والحجر والإذن بالإدارة . وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتا » .

أما المادة ١٣ فقد عددت هذه المسائل (١) . وأهم ما يلاحظ على هذا التعداد هو إضافة مسألة الولاية التى لم تكن واردة فى نص المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة من ناحية ، واغفال الهبة من ناحية أخرى . وأما المادة ١٤ فقد نصت على اعتبار الهبة من مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين « اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » . وعلى هذا النحو فقد أصبح المرجع فى تحديد مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة للمصريين والاجانب على السواء هو نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء (٢) .

غير أنه صدر أخيرا قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ثم قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . وقد نص القانون الاول فى مادته الاولى على الغاء قانون نظام القضاء دون أن يتضمن نصوصا تقابل المواد ١٣ و ١٤ من هذا القانون الاخير كما نص القانون الثانى على الغاء هذا القانون دون أن يتضمن مثل هذه النصوص. وعلى هذا النحو فقد صار تحديد المقصود بالاحوال الشخصية

---

(١) تنص المادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ على أنه : « تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة، المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتها المتبادله والمهر والدوطة، ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والاقرار بالأبوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبنى، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتا، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » .

(٢) قارن: شفيق شحاته «أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ج١، ١٩٥٧ ، ص ٤ » ، حيث يشير الى أن مدلول الأحوال الشخصية المادة ١٣ « يعمل به اذا كانت الدعوى المطروحة على القاضى تنطوى على عنصر أجنبى » وأن هذا المدلول قد أصبح بموجب القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ منطبقا « على جميع المنازعات سواء منها ماتعلق بغير المصريين وما تعلق بالمصريين هم أنفسهم » .

ـ فى الحدود التى يجدى فيها هذا التحديد من الناحية العملية ـ متروكا لاجتهادالفقه والقضاء ، وإن كان ذلك لايمنع بالطبع من الإستئناس بنص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغى .

وقد حاول الفقه أن يضع تعريفا للأحوال الشخصية [١] فذهب البعض إلى أن اصلاح الاحوال الشخصية فى مدلول القانون الداخلى ـ خلافا لمدلوله فى القانون الدولى الخاص ـ لا يقابل اصطلاح الاحوال العينية ، وأنه ينصرف فى الواقع إلى مجموعة المسائل التى تتعدد بشأنها القوانين الواجبة التطبيق [٢] بصرف النظر عن مدى تغطية هذه المسائل لما يتضمنه اصطلاح الاحوال الشخصية فى القانون الدولى الخاص .

ولكن التعريف على هذا النحو يتضمن مصادرة على المطلوب إذا ما نظرنا إلى الغاية التى يقصد الفقه تحقيقها من وراء هذا التعريف . ذلك أن المقصود من التعريف فى نظر الفقه هو إتخاذه وسيلة لتحديد المسائل التى تتعدد بشأنها القوانين. فإذا ماكان التعريف متوقفا على تحديد هذه المسائل ذاتها، فإن الإصطلاح موضع التعريف يكون عديم الجدوى على نحو يمكن معه الإستغناء عنه اكتفاء بتحديد المسائل المذكورة .

وقد ذهب البعض الآخر إلى تعريفها عن طريق المقابله بين موضوعها وموضوع الاحوال العينية ، ومن ثم عن طريق تحديد هذا الموضوع. فالاحوال الشخصيه

---

(١) أنظر فى هذه المحاولات: ايهاب اسماعيل، أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ص ٤٨ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى ، أحمد سلامة، الوسيط فى الأحوال الشخصية للوطنيين غيرالمسلمين، ١٩٦٨ ، ص ٢٥ وما بعدها .

لدى هذا البعض هى الاحوال التى يكون الشخص موضوعا لها [١] .

ولكن التعريف على هذا النحو يبلغ فى الواقع حداً من التجهيل يجعله غير ذى فائدة فى المفارقة بين ما يدخل فى نطاق الاحوال الشخصية وما يدخل فى نطاق الاحوال العينية من مسائل [٢] .

كذلك فقد حاولت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ أن تحدد المقصود بالاحوال الشخصية ، أو على الأقل أن تحدد المسائل التى تتعدد بشأنها القوانين .

وقد جاء فى حكمها الصادر فى ٢١ يونيه ١٩٣٤ [٣] أن « الأحوال الشخصية هى مجموعة مايتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونياً فى حياته الإجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملا أو مطلقاً أو أبا أو إبنا شرعياً ، أوكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونيـــة .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. وإذاً فالوقف والهبة والنفقات على إختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينيه لتعلقها بالمال واستحقاقه وعدم استحقاقه. غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم على فكرة التصدق المندوب

(١) جميل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والأجانب ، ١٩٦٦ ، ص ٣ هـ ١ .

(٢) ايهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٥٥ ومابعدها .

(٣) مجموعة القواعد القانونية ، جـ ١ ، ص ١١٧ ، بند ١ .

اليه ديانه ، فالجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ، كما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شيء مما تختص به من تلك العقود، فان نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها » .

ويتضح من هذا الحكم أن محكمة النقض المصرية ترى أن المفهوم المنضبط للأحوال الشخصية هو ذلك الذى يقصرها على المسائل الداخلة فى مدلول الحالة بالمعنى الواسع . غير أن المحكمة مع ذلك ترى أنه لا يمكنها الوقوف عند هذا المدلول الضيق نظراً لأن الولاية القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية مترتبة على الولاية القضائية فيها وأن النصوص تصرف مدلول الأحوال الشخصية فى هذا المجال الأخير إلى مفهوم أوسع يشمل الوقف والهبة والوصية . وقد لاحظ البعض أن هذا المسلك من جانب المحكمة كان يحتم عليها إضافة النفقة إلى مسائل الأحوال الشخصية نظراً لأن المادة ١٦ من لائحة المحاكم الاهلية سالفة الذكر تعتبرها كذلك (١)

٣ - حركة التوحيد فى مسائل الأحوال الشخصية

٦ - عرفنا أن الشريعة الاسلامية تترك لغير المسلمين من الكتابيين الاحتكام إلى رؤسائهم الدينيين وشرائعهم بشأن نظام الزواج ، كما عرفنا أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية قد اتخذت من فكرة الاحوال الشخصية - بدلا من فكرة الزواج - أداة لتحديد مايخرج من اختصاص المحاكم المذكورة ويدخل بالتالى فى ولاية المحاكم الشرعية والمجالس الملية. وهذه المفارقة بين الشريعة والنص الوضعى فى الفكرة المتخذة أساسا لتحديد ولاية الشرائع الدينية من شأنها أن تثير التساؤل حول حقيقة المسائل التى يخضع فى شأنها المصريون لقانون موحد ، وتلك

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .

التى يخضعون فيها لشرائعهم الدينية. ذلك أن فكرة الاحوال الشخصية لاتقتصر على نظام الزواج كما سبق أن رأينا، وإنما نتجاوزه إلى المسائل المتعلقة بالحالة والاهلية ونظم حماية غير كامل الاهلية ، بالإضافة إلى المسائل المتعلقة بالميرات والوصايا .

لذلك كان من اللازم أن نتبع هذه المسائل واحدة بعد الاخرى حتى نتوصل بذلك الى تحديد ماتخضع منها لقانون موحد .

الميراث والوصية

٧ — أما بالنسبة للميراث والوصية ، فاحكامها فى الشريعة الاسلامية تعتبر من أحكام المعاملات بإجماع الفقهاء . ولذلك فقد كان الذميون يخضعون للشريعة الإسلامية بشأنها ما لم يكن هناك اتفاق بين ذوى الشأن على اتخاذ حكم من دياناتهم . وقد ظل حكم الشريعة مطبقا فى مصر على هذا النحو حتى صارت ولايه عثمانية فأخذت تتأثر بما يجرى فى الدولة العثمانية من أحداث وما يحيط بها من ظروف. وقد رأت الدولة العثمانية ، حينما استولت على القسطنطينية ، ولاعتبارات سياسية محضة ، أن تسلك مع الروم الأرثوذكس مسلكا مغايراً للسياسة الاسلامية العامة ، فتركت لجهتهم الدينية السلطة القضائية عليهم . وقد كانت هذه الجهة تطبق القانون الرومانى وأحيانا الشريعة الإسلامية ، فى مسائل الميراث والوصية ، نظراً لعدم وجود نظام قانونى واضح لها فى الشرائع المسيحية .

ولكن الخط الهمايونى الصادر فى فبراير ١٨٥٦ قد عاد فسلب من الهيئات غير الاسلامية ماكان قد منح لها من إختصاصات ، تاركا لها مجرد ولاية تحكيم بالنسبة لمسائل الإرث والوصية (١) . وقد صدرت بعد ذلك لائحة الأقباط الأرثوذكس

(١) أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ١٤٨ وما بعدها .

فى ١٤ مايو ١٨٨٣ مؤكدة قصر اختصاص مجلس هذه الطائفة فى مجال الإرث — بالمعنى الواسع الذى يشمل الوصيه — على هذا الاختصاص التحكيمى المحض .

على أنه قد صدر فى ١٨٨١ منشور أعاد إلى طائفة الروم الأرثوذكس الاختصاص بالوصاية التى توجد بتركة من يموتون من أتباعها متى توافرت شروط معينة . ويفهم من هذا المنشور أن الاختصاص المذكور يقتصر فى الواقع على توثيق الوصايا والفصل فى صحة هذا التوثيق ، دون أن يتجاوز ذلك إلى الأحكام الموضوعية للوصية ، كقصر النصاب الجائز الايصاء به على الثلث ، وعدم جواز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة ، وتحديد أهلية الموصى . ومن ثم فكل هذه المسائل تظل الولاية فيها للشريعة الاسلامية - وفقاً للأصل العام - مع بقاء الولاية التحكيمية بشأنها للشريعة الخاصة . ومع ذلك فقد حدث خطأ فى ترجمة المنشور المذكور من اللغة التركية فى الوثيقة المبلغة للحكومة المصرية . ونتيجة لهذا الخطأ ساد الاعتقاد بأن مسألة الوصية تخضع شكلا وموضوعا ، لولاية الطوائف غير الاسلامية بصفة عامة . وعلى ذلك فلما صدرت التشريعات المنظمة لطائفة الانجيليين الوطنيين ١٩٠٢ والأرمن الكاثوليك ١٩٠٥ ، فقد فهمت اشارتها إلى عدم الاختصاص (بمسائل المواريث الخالية عن الوصية) على أنها إقرار بأن مسائل الوصية تخضع من الأصل لاختصاص القضاء الطائفى وأن ذلك لا يعدو أن يكون تعميما للنظام المعمول به بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس خلافا للحقيقة من خضوعها قانونا لأحكام الشريعة الاسلامية (١) .

على أن الجدل قد ثار حول مدى خضوع مسائل الميراث والوصايا للشريعة الإسلامية مرة أخرى بمناسبة تفسير بعض مواد التقنينات القديمة . فقد كانت مواد

---

(١) توفيق فرج المرجع السابق ، ص ٧٣ وما بعدها ؛ أحمد سلامة المرجع السابق ، ص ١٥٢ — ١٥٣

القانون المدنى الأهلى الملغى تنص على أن الحكم فى هذه المسائل يكون وفقاً لشريعة ملة المتوفى أو الموصى . غير أن هذه النصوص لم تكن تعنى فى الواقع غير المسلمين من المصريين ، وإنما كانت تعنى الأجانب ، وتضع قاعدة خاصة بالتنازع الدولى . وقد أكدت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى أوائل أبريل ١٩٤٣ بقولها إن ما جاء فى المواد ٥٤ ، ٥٥ ، ٣، من القانون المدنى الأهلى لم يكن الغرض منه وضع قواعد للتنازع الداخلى بين القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، بل المقصود من هذه المواد هو تعيين القانون الواجب تطبيقه بالنسبة إلى الأجانب فيما عساه يطرح أمام القضاء الأهلى من نزاع متعلق بالمسائل المعنية المنصوص عليها فيها[1]. كما أكده المشرع ذاته بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الذى نص فى مادته الأولى على أن : « قوانين المواريث والوصية ، وأحكام الشريعة فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا .... » .

٨ — وإذا كانت أحكام المواريث والوصيه قد ظلت خاضعة للشريعة الإسلامية على هذا النحو ، فقد خطا المشرع خطوة أخرى فى سنة ١٩٤٣ بتقنينه أحكام الميراث بالقانون رقم ٧٧ الذى استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية مع تطبيق الأرجح من مذهب أبى حنيفة فى الأحوال التى لا يوجد لها حكم فى القانون ، وفقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، ص ١١٧ ، بند ٤ .

وقد ورد بهذا الحكم كذلك أن « المواريث عموما ، ومنها الوصية، هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة »

(مجموعة القواعد القانونية ، ج ٢ ، ص ٩٩٨ ، بند ٣) .

أنظر كذلك : نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ (الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٣٤ ق) مجموعة المكتب الفني ، ص ٤٧٥ ، بند ٦٩ .

وقد استكملت هذه الخطوة بعد ذلك بصدور قانون مماثل بالنسبة للوصية هو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

ويلاحظ أن عملية التقنين السابقة لم تؤثر على بقاء الاختصاص التحكيمى للشرائع الدينية فى مسائل الارث والوصية . ذلك أن المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ قد نصت — بعد تقريرها أن قوانين المواريث والوصية وهى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا - على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » . ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى زوال هذه الولاية التحكيمية بصدور القانون المدنى الجديد ، تأسيساً على أن المواد ٨٧٥/و٩١٥ منه قد نسخت نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، بنصها على أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها (١) . ويبدو أن المذكرة الإيضاحية تؤيد هذا الرأى . فقد ذهبت إلى أن قانون الملة لغير المسلمين لا ينطبق « حتى ولو اتفق الورثة جميعاً على أن ينطبق » .

ولكن الرأى المذكور يتعارض فى الواقع مع القواعد العامة فى الالغاء (٢) . ذلك إنه من المقرر أن الحكم العام لا يلغى الحكم الخاص . ومن الواضح أن مواد القانون المدنى فى هذا الصدد تضع حكماً عاماً وأن المادة الأولى من

---

(١) فى هذا المعنى : ايهاب اسماعيل ، أصول الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، بند ١٨ ، جميل الشرقاوى ، الرجع السابق ، ص ١٣ ه ٢ ، حسام الدين كامل الاهوانى ، المرجع السابق ، ص ٤١ .

(٢) فى هذا المعنى : توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٨٤ وما بعدها ، احمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ٥١ ومابعده .

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ تضع حكماً خاصاً . لذلك تظل الولاية التحكيمية للشرائع الدينية حتى بعد صدور القانون المدنى (١) .

ومن الواضح أن الاختصاص التحكيمى المذكور يظل قائما حتى بعد القانون رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٥٥ الذى يجعل الاختصاص التشريعى فى مسائل الاحوال الشخصية

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى ٢٨/١/١٩٥٦ (مجموعة القواعد القانونية ، حـ ٣ ، ص ٧١٢ ، بند ١٥) ، بأنه «ليس للمجلس الملى للأقباط الأرثوذكس ولاية فى النظر فى دعوى الميراث وتعيين الورثة إذا اختلفت ديانتهم ، ذلك أن شرط ولايته ... فى مسائل المواريث هو اتحاد ملة الورثة جميعا واتفاقهم على التراضى اليه وإلا كانت الولاية على أصلها للمحاكم الشرعية فاذا كان المورث قد تزوج حال حياته حينما كان قبطيا أرثوذكسيا بزوجة رزق منها بأولاد ثم أعتنق الاسلام وتزوج بعد ذلك بزوجة رزق منها بأولاد أخرين حينما كان مسلما فصاروا بالتبعية له ثم أرتد عن الاسلام — فإن الحكم الصادر من المجلس الملى المذكور فى دعوى اثبات وفاة هذا المورث وانحصار ارثه فى ورثه معينين يكون قد صدر منه فى غير حدود ولايته بعكس حكم المحكمة الشرعية الصادر فى هذا الخصوص .

وحتى ينعقد الاختصاص التحكيمى لشريعة من الشرائع الخاصة يلزم أن يتفق الورثة صراحة على الاحتكام لهذه الشريعة . ومقتضى ذلك أنه لا يكفى مجرد التراضى أمام دائرة الاحوال الشخصية لثبوت هذا الاختصاص وانما يلزم ان ينصب الاتفاق بالفعل على تطبيق الشريعة الخاصة ومثل هذا الاتفاق لابد بالطبع أن يكون صادرا من ذى أهلية للتصرف فى حقه . والورثة المقصودون فى هذا الصدد، هم الورثة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية . فالشريعة الإسلامية هى التي تحدد صفة الوارث فى تركات غير المسلمين من المصريين وليست شرائعهم الخاصة .

وقد ذهب رأى إلى أن الاحتكام الى الشريعة الدينية للمتوفى لا يخرج عن أن يكون اتفاقا بين الورثة على توزيع التركة بعد ثبوت الحق فيها، وأضاف البعض أن مثل هذا الاتفاق يمكن تشبيهه بالتخارج ، أو أنه يعتبر من قبيل التبرعات . ولذلك ينتهى أصحاب هذا الرأى إلى أن نص المادة الاولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٤ لا يتجاوز إجازة اتفاق جائز بطبيعاته دون حاجة إلى نص خاص ، ولا يصل فى واقع الأمر إلى اقرار نوع من الولاية للشرائع الدينية الخاصة فى مسائل الميراث والوصية =

= لسبب بسيط هو أن الورثة اللذين يشترط تمام الاتفاق بينهم يحددون وفقا للشريعة الإسلامية وليس وفقا لشريعة الخصوم .

ونبادر أولا إلى نفى الشبه بين هذا الاتفاق وبين التخارج . فالتخارج كما تعرفه المادة ٤٨ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ « هو أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، فاذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركه ، واذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركه قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة لقسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالتسوية بينهم » . وإذن فالتخارج على هذا النحو هو معاوضة أحد طرفيها نصيب المتخارج من الميراث وطرفها الآخر شيء من التركه أو من خارجها يتنازل عنه المتخارج لبقية الورثة . ولذلك فالتخارج يفترض تطبيق قواعد الميراث وثبوت حق المتخارج وفقا لهذه القواعد . وهذا ما يختلف تماما عن الاتفاق على تطبيق الشريعة الدينية الخاصة . فوفقا لهذا الاتفاق الاخير لا يكون هناك اعمال للشريعة العامة فلا يتحدد الورثة الذين توزع عليهم التركة بالفعل وفقا لقواعد الميراث العام ، ولا تحدد الأنصبة كذلك وفقا لهذه القواعد ، وإنما يتحدد كل ذلك وفقا للشريعة الدينية الخاصة . وهذا الاتفاق يقتصر أمره على ذلك فلا يمتد إلى مبادلة النصيب بشيء آخر .

كذلك فلا يمكن التسليم بان هذا الاتفاق يتمثل فى تبرع الوارث بالتنازل ـ الذى يؤدى اعمال الشريعة الدينية الخاصة إلى حرمانه من الميراث أو إلى تقليل نصيبه ـ عن كل نصيبه أو بعضه لغيره من الورثة . ذلك أن مثل هذا القول من شأنه أن يؤدى الى امكان تطبيق القواعد العامة للتبرعات على الاتفاق المذكور ، وهو ما يبدو غير مقبول فى بعض الأحوال على الاقل . فلا يتصور مثلا اعمال قواعد الرجوع فى الهبة .

ويبدو لنا أنه من الصعب إدخال الاتفاق بين الورثة ـ وفقا للشريعة الإسلامية ـ على اعمال الشريعة الدينية الخاصة ، فى فكرة عقد من العقود المسماة . ولعل الأقرب =

الشرائع الدينية، مادمنا قد سلمنا بعدم إلغائه بمقتضى نصوص القانون المدنى (١).

٩ — ويلاحظ أن الفصل فى نزاع على الارث كثيرا ما يثير نزاعا على النسب. ولما كانت دعوى الارث يفصل فيها وفقا للشريعة الاسلامية والقوانين

= الى الحقيقة هو القول بأنه اتفاق غير مسمى موضوعه الاحتكام الى الشريعة الدينية للأطراف فى شأن الميراث. فعلى ضوء هذا التكييف يمكن تحديد النظام القانونى له، سواء من حيث خضوعه للقواعد العامة فى الصحة والبطلان والنفاذ، أو من حيث أثره فى اثبات الولاية للشريعة الدينية للأطراف بصفة نهائيـة متى كان صحيحا ونافذا.

(١) ويلاحظ فى هذا الصدد أن المادة السادسة من هذا القانون تشترط اتحاد الديانة والملة والطائفة لانعقاد الاختصاص التشريعى للشرائع الدينيـة. ولذلك فالتساؤل الآن يثور حول ما إذا كان هذا الشرط يجب الأخذ به فيما يتعلق بالولاية التحكيمية فى مسائل الميراث والوصية.

وقد ذهب رأى الى عدم التقيد بهذا الشرط استنادا إلى أنه لم يكن متطلبا من قبل، وأن المادة السادسة من القانون لا تواجه الحالة التى نحن بصددها وانما تجابه حالة توزيع ولاية الشريعة الإسلامية وولاية الشرائع الخاصة لغير المسلمين فى الأحوال التى لا يشترط فيها ولا يجدى فى نفس الوقت اتفـاق ذوى الشأن على استبعاد واحدة منها أو على تطبيقها، وعلى العكس من ذلك فقد ذهب رأى آخر الى تطلب الشرط المذكور استنادا الى أنه شرط عام تتطلبه المادة السادسة لانعقاد الولاية للشرائع الخاصة فى مسائل الأحوال الشخصية ولذلك فيجب التقيد به فى حالة الولاية التحكيمية تماما كما فى حالة الولاية الإلزامية، اذ أن مسائل الميراث والوصية تعتبر بحسب الأصل من مسائل الأحوال الشخصية. وأما القول بأنه لم يكن يشترط ذلك قبل القانون فمرجعه أنه لم يكن هناك نص تشريعى يضع شروطا لتطبيق شريعة غير المسلمين. فاذا ما وجد هذا النص - على نحو ما نراه فى المادة السادسة - تعين التقيد به فى جميع الحالات التى تنعقد فيها الولاية لهذه الشرائع.

الموحدة فى هذا الشأن فيثور التساؤل عما إذا كان الفصل فى مسألة النسب يجب أن يتم كذلك وفقا لهذه الشريعة فى الحالة المذكورة . وقد عرضت المسألة قبل قانون ١٩٥٥ على محكمة النقض فقضت فى حكمها الصادر فى ١٨ يونيو ١٩٤٢ (١). باختصاص المحاكم الشرعية بها . ولما كانت المحاكم الشرعية تحدد صفة الوارث وفقا

(١) مجموعة القواعد القانونية ، ح١ ، ص ١٣٥ ، بند ١٧ وقد قرر هذا الحكم ، إنه مما لا نزاع فيه أن دعاوى الإرث ، بالنسبة لغير المسلمين من المصريين أو من فى حكمهم، من اختصاص القضاء الشرعى ؛ يجرى فيها على وفق أحكام الشريعة الإسلامية . ولكن اذا اتفق المتزاحمون فى الميراث على أن مجلسهم الملى يفصل فى النزاع بينهم ، فان الخصومة تنعقد بينهم أمامه على أساس احتكامهم اليه ، والقاعدة الشرعية كما نصت عليها المادة ٣٥٥ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا هى :« تثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عادلين أو رجل وأمرأتين عدول . ويمكن اثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون دعوى حق آخر معها ، اذا كان الأب أو الإبن المدعى عليه حيا حاضرا أو نائبه. فان كان ميتاً فلا يصح إثبات النسب منه مقصودا إلا ضمن دعوى حق يقيمها الإبن والأب على خصم . والخصم فى ذلك الوارث أو الموصى اليه أو الدائن أو المديون . كذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرها لا تثبت الا ضمن دعوى حق». ومعنى ذلك أن دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها بالنسب وحده ، بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة يطالبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه، مما ينبنى عليه أن اختصاص القضاء الشرعى دون سواه فى دعوى الإرث لغير المسلمين يستتبع حتما اختصاصه بدعوى النسب، عملا بقاعدة أن قاضى الأصل هو أيضا قاضى الفرع . أما القول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الأولى وحدها من اختصاص المجلس الملى لا القضاء الشرعى ، فانه فضلا عن مخالفته لهذه القاعدة ، يؤدى الى أن يكون اختصاص القضاء الشرعى بدعاوى الميراث لا مجال له، لأنه اذا اعتبر ثبوت النسب مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا من الجهة الملية =

للشريعة الاسلامية فإن ذلك يستتبع الفصل فى دعوى النسب المتفرعة عن دعوى الميراث وفقا لهذه الشريعة ذاتها وأيا ما كانت الشريعة الدينية للخصوم .

وعلى هذا النحو يمكن القول بعد قانون ١٩٥٥ أن مسألة النسب إذا ما تفرعت عن دعوى ارث خاضع للشريعة الاسلامية تكون الولاية فيها لهذه الشريعة كذلك وقد قضت بذلك محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر فى ١٩ /٦/ ١٩٦٣[1] .

الاهلية ونظم حماية غير كامل الاهلية

١٠ — تعتبر أحكام الأهلية وما يتصل بها من أحكام المعاملات فى الشريعة الاسلامية . ولذلك فيخضع فى شأنها المسلمون والذميون لقانون واحد . وعلى هذا النحو فالشريعة الواجبة التطبيق فى شأنها كانت هى الشريعة الاسلامية .

ولم يتغير الوضع المذكور على أثر التوسع فى الامتيازات التى اعترف بها للطوائف غير الاسلامية . فهذه المسائل لم تظهر فيما ادخل فى اختصاص الطوائف الدينية بمقتضى البراءات والفرامانات الصادرة من الباب العالى . فلما صدر القانون المدنى الاهلى السابق نصت المادة ١٣٠ منه على أن الحكم فى الاهلية المقيدة أو المطلقة يكون على مقتضى الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد . وقد فهم

= فان دعوى الميراث لا تكون الا مجرد تقسيم للتركة، وهذا لا يقتضى الالتجاء الى القضاء الشرعى . واذن فان رأت محكمة الموضوع أن حكم المجلس الملى فى دعوى الميراث لم يكن بناء على تحكيم الخصوم فانه لا يكون لها أن توقف الدعوى للفصل فى النزاع من جهة القضاء الشرعى » .

(١) مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ، أحمد سمير ابو شادى ص ٩٠ بند ١٥٧ وانظر كذلك نقض ١٥/ ٣ / ١٩٦٧ (طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق مجموعة المكتب الفنى س ١٨ ص ٦٥٥ بند ١٠٢ .

البعض من ذلك أن الاهلية تكون الولاية فيها بالنسبة للمصريين غير المسلمين لقانون الملة . غير أن الواقع كما قدمنا أن هذه المادة كانت تعالج التنازع الدولى بين القوانين ولا تعالج التنازع الداخلى بين الشرائع الدينية ، وأن المقصود بقانون الملة القانون الشخصى أو قانون الجنسية ، وأن التعبير عن ذلك بقانون الملة لا يعدوا أن يكون خطأ فى ترجمة النص الفرنسى للمادة المذكوره إلى اللغة العربية . على أن لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الاقباط الارثوذكس سنة ١٨٨٣ قد نصت فى المادة ١٦ منها على اختصاص المجلس المذكور فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتصلة بالاحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الاحوال الشخصية الذى صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة . وبالرجوع الى الكتاب المذكور — وهو كتاب المرحوم قدرى باشا — يتبين أنه يضع ضمن الاحوال الشخصيه ما يتعلق بالاهلية ، مسالة الوصاية والقوامة . ولذلك فقد اصبحت هذه المسائل وحدها من اختصاص المجلس المذكور . وقد سار الامر من بعد على هذا النحو فى التنظيمات الخاصة بالإنجيليين لوطنيين والارمن الكاثوليك .

وعلى النحو السابق يمكن القول بان الأهلية وما يتعلق بها قد ظلت الولاية فيها للشريعة الاسلامية بالنسبة لجميع الطوائف الغير اسلامية إلا فيما يتعلق بالطوائف المنظمة فقد أعطى لها اختصاص محدداً فى مسائل الوصايه والقوامة وحدها ، على نحو يمكن معه تطبيق الشرائع الدينية لهذه الطوائف فيما يتعلق بهاتين المسألتين .

على أنه فى ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ صدر قانون المجالس الحسبية فوضع قواعد موحدة فى الاهلية وكل ما يتصل بها وأخذ مسألة الوصاية والقوامه من اختصاص المحاكم الشرعية والملية وجعلها من اختصاص المجالس الحسبية . وبذلك توحد

الاختصاص القضائى فى كل ما يتعلق بالاهلية كما توحدت الولاية القانونية فى هذا الشأن . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى ٣١ ديسمبر ١٩٤٢ [1] بأنه « وإذا كان مما لاشك فيه أن الاحكام المتعلقة بأموال عديمى الاهلية مستمدة من قواعد الشريعه الاسلامية ، فانه يكون من المتعين الرجوع إلى تلك القواعد دون غيرها، باعتبارها الاحكام العامة فى هذا الصدد ، للوقوف على مايكمل أحكام قانون المجالس الحسبية . وإذن فمن الخطأ أن يقرر الحكم أن من إختصاص المجلس الملى الفصل فى مدى سلطة الاب على مال ابنه القاصر ، وأن يقف الفصل فى الدعوى المعروضة عليه حتى يصدر المجلس المذكور حكمه فى ذلك إذا أن مسئولية الولى عن مال ابنه القاصر من اختصاص المحاكم الاهلية تفصل فيها على وفق الشريعة الاسلامية » .

وقد توالت بعد ذلك التشريعات . فقد استبدل بقانون المجالس الحسبية قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، ثم صدر بعد ذلك المرسوم رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بسلب الولاية ، ثم القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذى حل محل المحاكم الحسبية .

نطاق التعدد فى مسائل الاحوال الشخصية

١١ — مما سبق يتضح لنا أنه لم يكن صحيحاً فى وقت من الاوقات وليس صحيحاً الآن القول بان مسائل الأحوال الشخصية تخضع للشرائع الدينيه بالنسبة لغير المسلمين. فقد رأينا كيف أن ولاية هذه الشرائع فى مسائل الميراث والوصايا

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ١٤٥ ـ بند ٤٢ .

التى تعتبر من الأحوال الشخصيه ولاية تحكيم بحته ،حتى أن البعض ينفى وجود هذه الولاية من الأصل . كذلك رأينا أن هذه الشرائع لم تكن لها ولايه فى مسائل الولاية والأهليه ونظم حماية غير كاملى الأهليه بصفة عامة،اللهم إلا بالنسبة لولاية الطوائف الثلاث المنظمه فى الوصاية والقوامه خلال فترة زمنيه معينه انتهت بصدور قانون المجالس الحسبية . وعلى هذا النحو لم يبق فى الواقع ما يخضع لشرائع غير المسلمين بصفة أصلية سوى نظام الزواج .

وإذا كان نظام الزواج هو النظام الوحيد المتبقى لولاية الشرائع الدينية المختلفة ، فقد كان من أهداف القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بتوحيد جهة القضاء ، توحيد القانون الواجب التطبيق على هذا النظام ، تحقيقا للوحدة الوطنية ، على نحو ما تشير إليه المذكرة الايضاحية للقانون السابق . ولذلك فقد شكلت عدة لجان لوضع مشروع قانون موحد فى هذا الشأن . ولكن هذه اللجان لم تصل إلى شىء حتى الآن . وربما يرجع ذلك فى المقام الاول إلى ما بين الشرائع الدينية من خلافات أساسية فى بعض المسائل التى لم يصل المجتمع المصرى بعد إلى المرحلة التى تمكنه من تجاوزها .

٣ ـ وظيفة فكرة الأحوال الشخصية فى القانون الوضعى

١٢ ـ ويذهب البعض إلى أن فكرة الأحوال الشخصية قد فقدت فى الواقع ومنذ زوال المحاكم القنصلية والمختلطة ـ كل قيمة عمليـــة لها من حيث تحديد الاختصاص القضائى بالنسبة للأجانب ومن ثم من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم [١] . ذلك أن تحديد القانون الواجب التطبيق قد أصبح منذ توحيد

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ، ١٩٦٨ ، ص٢٦ وما بعدها .

جهات القضاء - لا يتوقف على ما إذا كانت المسألة المتنازع عليها تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية أو العينية ، وإنما على ما تقضى به قواعد الاسناد فى القانون الدولى الخاص . وقد نص المشرع المصرى بالفعل على هذه القواعد فى المواد ١٠ - ٢٨ من القانون المدنى ، فجعل القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو قانون كل من الزوجين، بينما جعل القانون الواجب التطبيق على آثاره هو قانون الدول التى ينتمى إليها الزوج وحده وقت الزواج وهكذا .

غير أن البعض الآخر يلاحظ أن قواعد الاسناد المذكورة رغم أنها تغير القانون الواجب التطبيق من حالة لأخرى من الحالات التى تدخل فى مدلول الاحوال الشخصية ، فإن هذا التغيير لا ينفى أن القانون الواجب التطبيق هو فى النهاية القانون الشخصى للمتنازعين أو لأحدهما - سواء كان هو قانون الجنسية أو قانون الموطن — مما يكشف عما هنالك من علاقة بين كون المنازعة من منازعات الاحوال الشخصية وبين اختيار القانون الواجب التطبيق عليها [1] . وعلى هذا النحو ، ونظرا لان قواعد الاسناد الواردة فى القانون المدنى لم تواجه جميع المسائل التى يمكن أن يثور بشأنها التنازع بين القوانين ، فإنه يمكن القول بأن فكرة الاحوال الشخصية تظل لها اهمية فى تحديد القانون الواجب التطبيق عند تخلف النص على قاعدة إسناد فى المسألة المعروضه . فاعتبار مثل هذه المسألة من قبيل الاحوال الشخصية تؤدى إلى إخضاعها للقانون الشخصى . ولكن إذا كان الامر كذلك بالنسبة للأجانب فهل يختلف بالنسبة للمصريين ؟ .

---

(١) أحمد سلامه، المرجع السابق ، ص ٢٩ .

يذهب أنصار الرأى السابق فى عدم جدوى اصطلاح الأحوال الشخصية فى تحديد الإختصاص القضائى بالنسبة للأجانب وتحديد القانون الواجب التطبيق عليهم ، إلى عدم جدواه كذلك فى تحديد القانون الواجب التطبيق على المصريين . ذلك أن جدوى هذا الاصطلاح لا تظهر إلا فى اتخاذه أساسا لتحديد المسائل التى تتعدد بشأنها القوانين الواجبة التطبيق ، وان هذه المسائل أصبحت تتحدد بنظام الزواج أو نظام الأسر وليس بفكرة الأحوال الشخصية فى عموميتها التى تضم بجانب نظام الزواج نظام الميراث والوصية ونظام الأهلية وما يتبعه من انظمة حماية غير كاملى الأهلية . ولذلك فاصطلاح الأحوال الشخصية لم يعد له أى فائدة إن لم يكن استعماله يؤدى إلى نتائج خاطئة إذا ما اتخذ كأداة لتحديد المسائل التى تتعدد بشأنها الشرائع ، ومن ثم فيجب استبدال اصطلاح قانون الأسرة به (١) .

ولا شك لدينا فى عدم جدوى اصطلاح الأحوال الشخصية وفى ما يمكن أن يؤدى إليه من نتائج خاطئة إذا ما كانت وظيفته هى تحديد المسائل التى تتعدد بشأنها القوانين الواجبة التطبيق والتى يخضع بشأنها غير المسلمين لشرائعهم الدينية . غير أنه يبدو لنا أن اصطلاح الاحوال الشخصية يؤدى فى القانون الوضعى المصرى وظيفة أخرى متميزة تماما عن هذه الوظيفة . ذلك أن القانون المدنى المصرى لا ينظم سوى مسائل الاحوال العينية وحدها . أما مسائل الاحوال الشخصية فلا زالت متروكة للشريعة الإسلامية . ولذلك ففكرة الاحوال الشخصية - بالمقابلة مع فكرة الاحوال العينية - هى التى تحدد النطاق الذى تعمل فيه الشريعة الإسلامية دون القانون المدنى .

---

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٤٣ وما بعدها ، شفيق شحاته ، المرجع السابق ، و ١ ، هى ٧ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار ، أحكام الأسرة ، ص ٢٥١

حقاً إن بعض المسائل التى تدخل فى مضمون فكرة الاحوال الشخصية « والتى تتحدد بنظام الزواج - تتعدد بشأنها الشرائع ، وأن بعضها الآخر قد صدرت بشأنه قوانين موحدة . ولكن كثيراً من المسائل المالية التى تثور بمناسبة الزواج يتعذر ادخالها فى نظام الزواج بالمعنى الدقيق ومن ثم اخضاعها لولاية الشرائع الدينية المتعددة على ما سوف نراه ويثور التساؤل لذلك عما اذا كان من الواجب البحث عن القواعد الواجبة الإتباع بشأنها فى مبادىء القانون المدنى أو فى مبادىء الشريعة الإسلامية . وهذا التساؤل لا يمكن الاجابة عليه إلا عن طريق تحديد ما إذا كانت المسألة التى يثور بشأنها التساؤل تعتبر من مسائل الأحوال العينية او من مسائل الاحوال الشخصية . كذلك فالقوانين الموحدة فى مسائل الأحوال الشخصية قاصرة عن مواجهة جميع المشاكل المتعلقة بهذه المسائل . ولذلك فكثيرا ما تمس الحاجة - فى نطاق هذه المسائل - إلى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية . ولا شك أن الرجوع إلى الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد يجب ألا يتعدى نطاق مسائل الأحوال السخصية .

وإذا كانت فكرة الأحوال الشخصية ما زالت تقوم بدور معين فى القانون الوضعى على هذا النحو فقد أصبح أمر تحديدها - بعد إلغاء المادة ١٣ والمادة ١٤ من قانون نظام القضاء - متروكا لإجتهاد القضاء والفقه . وليس هناك من قيد على القضاء والفقه فى هذا الصدد إلا نصوص القانون المدنى وما تعرض لتنظيمه من مسائل بالإضافة إلى طبيعة المسألة المعروضة ذاتها . فهذه المسائل يتعين اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال العينية دائما . وتظهر أهمية ذلك فيما يتعلق بالهبة . فبعد الغاء المادة ١٤ من قانون نظام القضاء - التى كانت تجعل الهبة من مسائل الأحوال بالنسبة للأجانب اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك - أصبح من المتعين اعتبار الهبة من مسائل الأحوال العينية نظراً لأن نصوص القانون

المدنى تتولى تنظيمها . وسوف نلحظ أثناء دراستنا الموضوعية اتجاها ملموسا من محكمة النقض إلى الحد من نطاق فكرة الاحـــوال الشخصية لحساب فكرة الاحوال العينية .

نطاق الدراسة ومنهج البحث

١٣ — يتضح لنا مما سبق أساس قصر دراستنا على نظام الزواج . فهذا النظام وحده هو الذى تتعدد بشأنه القوانين الواجبة التطبيق ، فتنطبق على كل طائفة شريعتها الخاصة .

غير أن ولاية الشرائع غير الإسلامية لا تعدو أن تكون ولاية خاصة تقف إلى جانبها الولاية العامة للشريعة الإسلامية . لذلك كان من اللازم أن يخصص القسم الأول من دراستنا لتحديد ولاية الشرائع المختلفة فيما يتعلق بنظام الزواج تحديدا دقيقاً فإذا ما تحددت ولاية كل شريعة أمكن بعد ذلك دراسة نظام الزواج ذاته وفقا للشرائع صاحبة الولاية . على أننا سوف نكتفى فى ذلك بدراسة الشرائع الدينيه الخاصه وحدها دون الشريعه الإسلاميه ، محيلين فى شأن هذه الاخيرة إلى ما يخصص لها من دروس . بل وفى مجال الشرائع الخاصه سوف نكتفى بدراسة الشرائع المسيحيه ، مغفلين الشرائع اليهوديه بالنظر إلى ضيق الوقت من ناحية وعدم الأهمية العمليه من ناحية أخرى .

القسم الأول : ولايه الشرائع المختلفة فى تنظيم الزواج .

القسم الثانى : الأحكام الموضوعيه للزواج .

القسم الأول

ولاية الشرائع المختلفة فى تنظيم الزواج

١٤ - إذا كان المشرع يترك للشرائع الدينية الولاية القانونية على اتباعها فى شأن الزواج، فإن ولاية الشرائع غير الاسلامية فى هذا الصدد تتحدد بضوابط معينة . فإذا ماخرجنا من نطاق هذه الولاية كانت الولاية على غير المسلمين للشريعة الاسلامية . ولذلك فتحديد ولاية الشرائع الدينية فى تنظيم الزواج يقتضى التمييز بين ولاية الشرائع الخاصة غير الاسلامية وبين ولاية الشريعة الاسلامية العامة .

الباب الأول : ولاية الشرائع الخاصة غير الإسلامية .

الباب الثانى : ولاية الشريعة الاسلامية العامة .

الباب الأول

ولاية الشرائع غير الاسلامية

١٥ — أول مايثور فى هذا الصدد هو التعرف على الشرائع غير الاسلامية التى تثبت لها الولاية فى نظام الزواج فى مصر . فإذا ماتحددت هذه الشرائع ثار التساؤل عن مدى الولاية التى ثبتت لكل منها ، أو شروط ثبوت هذه الولاية .

الفصل الأول : الشرائع غير الاسلامية صاحبة الولاية .

الفصل الثانى : مدى ولاية الشرائع غير الاسلامية .

الفصل الأول

الشرائع غير الاسلامية صاحبة الولاية

٦ — نصت المـــادة السادسه من القانون رقم٤٦٢لسنة ١٩٥٥ على أنه « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هـذا القانون فتصدر الاحكام — فى نطاق النظام العام — طبقاً لشريعتهم » . ويتضح من هذا النص أن الشرائع غير الاسلامية صاحبة الولاية هى الشرائع الطـائفية التى تنتمى إلى المذاهب المنبثقة عن الديانات القائمة فى مصر ، والتى كان يقوم على تطبيقها جهات قضائية ملية معترف بها قبل صدور القانون . ولكن يبقى التساؤل بعد ذلك قائماً بالنسبة لتعيين الشرائع المذكورة من ناحية ،وتعيين المصادر التى تستقى منها هذه الشرائع أحكامها من ناحية أخرى .

المبحث الاول : تعيين الشرائع غير الاسلامية صاحبة الولاية

المبحث الثانى : مصادر الشرائع غير الاسلامية صاحبة الولاية

المبحث الأول

تعيين الشرائع غير الاسلامية صاحبة الولاية

١٧ — قلنا إن المقصود بالشرائع التى تثبت لها الولاية هو الشرائع الطائفية . ولكن المشرع لم يعط الولاية إلا لشرائع الطوائف التى كان لها جهات قضائية ملية منظمة قبل صدور القانون . لذلك فتحديد الشرائع غير الاسلامية صاحبة الولاية يقتضى التعرف على الطوائف الدينية من ناحية وما كان لها من بينها جهات قضائية ملية منظمة قبل صدور القانون من ناحية أخرى .

المطلب الأول : الطوائف الدينية

المطلب الثانى : الطوائف صاحبة الولاية القضائية قبل صدور القانون

المطلب الأول

الطوائف الدينية

١٨ — يقصد بالطوائف الدينية تلك الطوائف التى تنتمى إلى المذاهب المنبثقة عن الديانات . وتحديد هذه الطوائف يقتضى البدء بتحديد الديانات المعترف بها فى مصر ، ثم ايضاح كيفية تفرقها إلى مذاهب متعددة وكيفية قيام الطوائف المختلفة فى داخل المذاهب المذكورة .

الديانات المعترف بها

١٩ — فأما الديانات المعترف بها فى مصر — غير الديانة الإسلامية — فهى الديانات السماوية وحدها ، المسيحية واليهودية . والمشروع المصرى لا يعترف بالشرائع العقائدية إلا إذا كانت ذات أصل سماوي . ولذلك فمن

يدينون بعقيدة غير سماوية يخضعون من الناحيــة القانونية ، لا لشريعتهم ، وإنما للشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية . وعلى ذلك فلو كان أطراف النزاع يدينون مثلا بالبوذية ، فإن الشريعة التى تحكم زواجهم تكون هى الشريعة الإسلامية وليست الشريعة البوذية . ويتضح ذلك بجلاء من أن الشرائع الطائفية التى كان يقوم بتطبيقها قبل صدور القانون جهات قضائيـة ملية منظمة كانت كلها شرائع تنتمى إلى الديانات السماوية على نحو ما نراه .

حقا إن قصر الاعتراف على الديانات السماوية قد يبدو مخالفا لحرية العقيدة التى يكفلها الدستور . ولكن الواقع أن حرية العقيدة تأخذ معنى مختلفا فى الدول ذات النظام القانونى الدينى عنه فى الدول ذات النظام القانونى العلمانى . ففى الدول ذات النظام القانونى العلمانى تأخذ حرية العقيدة معنى حياد الدولة . ولذلك يكون معنى هذه الحرية كفالة حرية الفرد فى أن يعتنق الدين الذى يختاره وفى أن يمارس شعائره وحرية الالحاد بعدم اعتناق دين من الاديان . أما فى الدول ذات النظام القانونى الدينى ، فحرية العقيدة تأخذ المفهوم الذى يعطيه لها الدين الذى يدور النظام القانونى فى فلكه ويستمد منه فلسفته .

ولا شك فى أن النظام القانونى المصرى يعتبر نظاما دينيا . فالدساتير المصرية المتعاقبة تنص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام . والدستور القائم بصفة خاصة ينص فى مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصـــدرا أساسيا للتشريع (١) . وعلى هذا النحو فمفهوم حريه العقيدة فى القانون المصرى يجب أن يكون هو المفهوم الذى تعطيه لها الشريعة الإسلامية (٢) .

---

(١) أنظر كذلك نص المادة الأولى من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية .

(٢) فى هذا المعنى حسام الدين الأهوانى ، الإتجاهات الحديثة لمحكمة النقض فى سبيل الحد من الغش فى حرية العقيدة ، مستخرج من مجـلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ٣ يناير ١٩٧٣ ص ٨٩ ومابعدها .

ولا شك أن الشريعة الاسلامية تقر حرية العقيدة ، وترتب عليها حرية الفرد فى اختيار دينه وممارسة شعائر هذا الدين ، كما ترتب عليها خضوع الفرد لشريعته الدينية فى كل ما يمكن أن تمس العقيدة من أحكام ، على نحو ما أشرنا إليه . غير أن هذه الحرية تكون فى اطار الديانات السماوية وحدها . ولذلك فهى لا تعترف بحرية الالحاد . وقد عبرت عن ذلك فى جلاء ووضوح محكمة القاهرة الإبتدائية[١] بقولها ، إنه ولا شك أن لكل إنسان الحق فى حرية العقيدة والاعتقاد ذلك لأنه ليس لإنسان أن يتدخل فى عقله وتفكيره ، على أن الحس والعقل والبديهة جميعا تستقيم على الايمان بالذات الألهية ، وأن الإيمان الرشيد هو خير تفسير للخليقة يعقله المؤمن ويدين به المفكر ويتطلبه العقل السليم ، والإيمان بالله ليس كالإلحاد ولكل إنسان يعيش فى بلد يؤمن بالله ديانة من ديانات السماء فإن كفر بها ولم يعتقد فى وجود الله فذلك أمر بينه وبين نفسه ، إذ لا تدل على ذلك مظاهر خارجية من عبادة أو إشهار أو غيره ، ولا يمكن للدوله أن تسمح بهذه المظاهر لأنها عكس الأفكار الأساسية فيها ، وهى أفكار يقوم عليها النظام الاعلى للمجتمع[٢] .

وأما المذاهب المتفرعة عن الديانات فهى — ترتيبا على ما تقدم — المذاهب المسيحية واليهودية .

---

(١) ١٩٥٨/٥/١٣ ، خفاجى وجمعه ، قضاء الأحوال الشخصية ، ص ١٨٧ ، بند ١١

(٢) لذلك يلاحظ أن حرية العقيدة فى الشريعة الإصلامية تتقيد بأحكام الردة عن الإسلام فكل من يعتنق الإسلام لا يصح له ، من بعد ، أن يرتد عنه وهذه الأحكام تبررها ضرورة أن الاصلام مثله فى ذلك مثل أى عقيدة أو فلسفة لابد أن يضع من الأحكام ما يكفل المحافظة على كيانه ، ومنع الهازل من الدخول فيه عن طريق وضع جزاء صارم على الخروج منه

٢٠ — فبالنسبة للديانة المسيحية ، بدأت هذه الديانة - كغيرها من الديانات — ملة واحدة (١) . وقد ظل الحال كذلك من الناحية الرسمية حتى القرن الخامس الميلادى .

وما أن دخلت المسيحية مصر حتى صارت الاسكندرية مهد المفكرين فى اللاهوت وأصول الدين ، ولذلك قيـــل إن رأى كنيسة الاسكندرية هو رأى العالم أجمع (٢) .

غير أن الواقع أن الديانة المسيحية قد عرفت منذ القرن الرابع خلافا بين أتباعها حول طبيعه السيد المسيح . فقد كان المستقر حتى ذلك الحين أن المسيح عليه السلام له طبيعتان : طبيعة إلهية ، وطبيعة بشرية . ولكن فى ذلك الوقت ظهر اتجاه جديد يقول بأن السيد المسيح له طبيعة واحدة هى الطبيعة الآلهية . وقد استوجب هذا الخلاف عقد عدة مجامع كنيسة لمناقشة الموضوع كان أهمها مجمع خلقيدونيا الشهير سنة ٤٥١م . وقد انتهى هذا المجمع إلى تأكيد الطبيعة المزدوجة للمسيح وعزل المعارضين لهذه الفكرة وعلى رأسهم بطريرك الاسكندرية غير أن كنيسة الاسكندرية رفضت الخضوع لهذة القرارات وتمسكت بفكرة الوحده مما ترتب عليه انفصال الكنيسه المصرية وتكوين مذهب جديد عرف بمذهب الارثوذكس بمعنى مذهب الرأى المستقيم (٣) .

---

(١) فى نشأة الدينة المسيحين ومذاهبها ، أنظر : ثروت أنيس الأسيوطى ، : ام الأسرة فى الشريعة المسيحية ١٩٦٧ ، ص ٥ ومابعدها .

(٢) ثروت أنيس الأسيوطى ، المرجع السابق ، ص ١٦ والمراجع المشار اليها فيها .

(٣) أنظر فى ربط انشقاق العالم المسيحى على هذا النحو بما أصاب المصريين من اضطهاد تحت ظل الحكم الرومانى : ثروت أنيس الأسيوطى ، المرجع السابق ، ص ١٨ ومابعدها .

وقد كان هذا المذهب يضم أساساً أقباط مصر الذين أصبح لهم كنيسة مستقلة هى الكنيسة الأرثوذكسية . غير أنه لم يلبث أن انضم إلى المذهب الجديد بعض أهل الشرق من أرمن وسريان ، مقيمين لأنفسهم كنائس أوثوذكسية مستقلة .

على أنه إذا كانت بقية المسيحيين قد ظلت محافظة على مذهب الازدواج ، سواء فى ذلك من يتبعون كنيسة روما وهم أهل الغرب أو من يتبعون كنيسة القسطنطينية وهم أهل الشرق ، فإن الخلاف ثار بعد ذلك بين الكنيستين على الزعامة الدينية على مسيحى الشرق . فقد تمسكت كنيسة القسطنطينية بنشر سلطانها على الشرق أجمعه شأنها شأن الاباطرة البيزنطيين وعارضتها كنيسة روما فى ذلك. وقد انتهى هذا الخلاف بإنفصال الكنيستين سنة ١٠٥٤ . فأما كنيسة القسطنطينية فقد سمت نفسها بالكنيسة الأرثوذكسية وأما كنيسة روما فقد سمت نفسها بالكنيسة الكاثوليكية أى الجامعة .

وبذلك أصبح المذهب الارثوذكسى — بعد انفصال كنيسة القسطنطينية — يشمل غالبية مسيحى الشرق ، سواء فى ذلك أنصار فكرة الطبيعة الواحدة أو أنصار فكرة الطبيعة المزدوجة ، ويضم تحت لوائه كنيسة للأقباط وأخرى للسريان وثالثة للأرمن ، تدين جميعها بفكرة الطبيعة الواحدة ، بالاضافة إلى كنيسة للروم تدين بالطبيعتين . وقد ترتب على تعدد الكنائس الارثوذكسية بتعدد الأجناس على هذا النحو نشوء مجالس طائفية متعددة داخل المذهب الارثوذكسى تقابل تعدد الكنائس .

أما كنيسة روما فقد سيطرت على مسيحى الغرب . غير أنه ظل لهذه الكنيسة

بعض الانصار فى الشرق ، كاللاتين والموارنة فى لبنان والكلدانيين فى العراق ، كذلك فقد انضم إليها بعض المسيحين الشرقيين المنتسبين إلى الارثوذكسية من قبط وسريان وأرمن وروم . وبذلك صارت هناك سبع طوائف كاثوليكية فى الشرق الكل منها كنيستها الخاصة التى تدين بالولاء لكنيسة روما ، وصار هناك مجال لوجود سبع مجالس ملية كاثوليكية فى مصر ، مما فتح الباب أمام وجود سبع شرائع متميزة جديدة فى إطار المذهب الكاثوليكى .

على أن أمر المسيحية لم يقف عند حد انقسامها إلى المذهب الأرثوذكسى والمذهب الكاثوليكى ، بما يتبع كل منهما من طوائف ، وانما تعدى ذلك إلى ظهور مذهب جديد منشق على الكاثوليكية فى القرن السادس عشر هوالمذهب البروتستنتى ففى هذا القرن ظهر مصلح دينى يدعى مارتن لوثر . وقد نادى هذا المصلح بفكرتين أساسيتين أولاهما إنكار سلطة الرياسة الدينيه (الكنيسة) ، والقول بأن رجال الدين — وعلى رأسهم البابا — مجرد رجال عاديين أختيروا لقيادة الشعب لا يملكون منح الغفران . وثانيهما اعتبار الانجيل هو المصدر الوحيد للمسيحية وإقرار حق كل فرد فى تفسيره . وقد انتشر هذا المذهب بصفة خاصة فى البلاد الانجلو سكسونية . أما فى الشرق فلم يكتب له الانتشار إلا فى القرن التاسع عشر عن طريق الارساليات الأمريكية التى استطاعت جذب أنصار إليه من جميع الطوائف المسيحية السابقة . ورغم تعدد الطوائف البروتستانتيذية إلا أنه لم يعترف لها فى مصر إلا بمجلس ملى واحد هو مجلس طائفة الانجيليين الوطنيين . ولذلك فالبروتستانت يعتبرون فى مصر طائفه واحدة لها شريعة واحدة كذلك .

ويتضح مما سبق أنه إذا كانت المسيحية ديانة واحدة ، إلا أنها صارت تضم

ثلاث ملل أساسية هى الأرثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية . كذلك يتضح أن المذهبين الأولين يضم كل منهما فى الشرق عدة طوائف . فالأرثوذكسية تضم طوائف القبط والأرمن والسريان واللاتين . والكاثوليكية تضم طوائف الأرمن والسريان والروم والموارنة والقبط واللاتين والكلدان .

المذاهب والطوائف اليهودية

٢١ — وأما الديانة اليهودية (١) فقد بدأت مثلها فى ذلك مثل المسيحية ملة واحدة . وقد ظل الحال كذلك حتى القرن الثامن الميلادى حيث قام الخلاف حول حقيقة التلمود . فقد وجدت مجموعة من الأحكام المضافة إلى التوراة تداولها الأحبار شفويا الواحد عن الآخر . فلما كان عصر الإضطهاد عقب موت المسيح خشى هؤلاء عليها من الضياع وقاموا بتدوينها فى كتاب عرف بإسم « المشنا » باعتباره الكتاب الثانى بالنسبة للتوراة . وقد تناول الأحبار هذا الكتاب بالشرح والتعليق فى كتاب آخر عرف بإسم « الجمراه » بمعنى التكملة والاتمام . وهذان الكتابان مجتمعان يعرفان باسم التلمود . وقد كان الاعتقاد السائد هو أن التلمود أحكام أنزلت على موسى ولكنها لم تكتب لأمره أن يبلغها شفويا .

ولكن البعض ذهب فى القرن الثامن إلى القول بأن التلمود لم ينزل على موسى وأن التنزيل قاصر على التوراه، مما يستتبع عدم التقيد بهذه الأخيرة (التلمود). ومن هنا فقد اصبحت اليهودية مذهبين : مذهب الربانيين ويضم الغالبية التى تعتقد بتنزيل التلمود ، ومذهب القرائين الذى يضم أقلية لا تعتقد بذلك .

وقد انقسم الربانيون فيما بعد إلى فريقين : « السفرديم » وهم يهود الشرق ، و « الاشكنازيم » وهم يهود الغرب . ولكن هذه التفرقة ليس لها من أثر على وحدة

---

(١) انظر فى هذا الشأن : مراد فرج ، القراؤون والربانيون ، القاهرة ، ١٩١٨ ؛ احمد صفوت ؛ قضاء الاحوال الشخصية للطوائف الملية ؛ ١٩٤٨ ؛ ص ٩٦ وما بعدها .

الشريعة الربانية بصفة عامة ، نظرا لأن الفريقين يخضعان لرئاسة دينية واحدة ولقضاء ملى واحد من « السفرديم » بعد أن رفض الاعتراف « بالاشكنازيم » كطائفة مستقلة لها ولاية القضاء .

المطلب الثانى

الطوائف صاحبة الولاية القضائية قبل صدور القانون

٢٢ — الشرائع صاحبة الولاية هى شرائع الطوائف التى كان لها جهات قضائية ملية معترف بها قبل صدور القانون .

حقا إن المادة السادسة من القانون تعطى الولاية للشرائع الدينية التى كان لأنصارها جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ، مما قد يشعر بأن الشرائع صاحبة الولاية هى الشرائع المذهبية العامة ، كالشريعه الأرثوذكسية ، والشريعة الكاثوليكية ، والشريعة الانجيلية ، وليست الشرائع الطائفية التى تكونت فى إطار المذاهب الدينية . وقد يغرى بهذا القول أن فكرة الطائفة — على نحو ما رأيناه — فكرة اجتماعيه تعبر عن الجنس أكثر من تعبيرها عن الدين أو المذهب أو العقيدة [١] . غير أن الواقع أن المشرع لم يقصد سوى تقنين الوضع السابق على صدور القانون . وقبل صدور القانون كانت هناك محاكم خاصة بكل طائفة من طوائف كل مذهب كذلك فالمادة السابقة من القانون انما تحيل صراحة إلى احكام الشرائع الخاصة لغير المسلمين وليس إلى احكام دياناتهم . والفرق واضح فى هذا الصدد بين احكام الديانات وأحكام الشرائع . فالثانية على خلاف الأولى تختلف باختلاف الطوائف .

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

ولذلك فالمقصود بالجهات القضائية الملية المنظمة هو جهات القضاء الطائفى . وعلى هذا النحو تكون الشرائع صاحبة الولاية هى الشرائع الطائفية وليس فقط الأصول المذهبية التى ترتد إليها هذه الشرائع .

وقد اضطرد قضاء محكمة النقض على ذلك، ويهمنا ان نشير فى هذا الصدد بصفة خاصة لحكم حديث (١) جاء فيه « وحيث أن هذا النعى فى غير محله ، وذلك أن مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى منازعات الاحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا ما اختلفا طائفة أو ملة ، ولم يشأ ان يخالف ما استقر عليه قضاء المحاكم الشرعية فى هذا الشأن وهى التى كانت تختص بالفصل فى المنازعات باعتبارها صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية . . ولا وجه للقول بأن الاقباط الارثوذكس والسريان الأرثوذكس متحدان فى العقيدة والملة والمذهب طالما انهما مختلفان طائفة ، ونص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يشترط الاتحاد فى الطائفة والملة مع باقى الشروط التى فرضها لتطبيق شريعتهما الخاصة ، ولما كان الثابت بوقائع الدعوى أن المطعون ضده انضم الى طائفة السريان الأرثوذكس قبل رفعها وان الطاعنة تنتمى لطائفة الاقباط الأرثوذكس قبل زواجها فأصبحا بذلك مختلفى الطائفة وتطبق فى شان واقعة الطلاق احكام الشريعة الاسلامية ... »

وترجع اهمية هذا الحكم الى أنه قد صدر بعد اتفاق الرآسة الدينية لكل من الأقباط الأرثوذكس والسريان الأرثوذكس بتاريخ أول يوليو ١٩٦٨ (٢)

---

(١) نقض أحوال شخصية ، ١٩٧٠/١/١٤ (طعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ق) ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٩٦ .

(٢) اشار اليه حسام الاهوانى فى مقالة السابق ، ص ٦٠ .

على أن الكنيسة القبطية الأرثوكسية والكنيسة السريانية هما كنيسة واحدة، تدين بعقيدة واحدة حسبما استقرت عليه المجامع المقدسة. وبناء على ذلك يكون لكل من الاقباط أو السريان أن يمارس شعائره الدينية فى أى من الكنيستين ولا يجوز ولا يصح التحول أو الانضمام أو الانتقال من احداهما الى الأخرى وكل اجراء من هذا القبيل يقع باطلاً بطلانا مطلقا، وتبطل كافة الآثار التى ترتبت عليه ». والمحكمة بذلك تؤكد ان انتماء الطرفين لطائفتين مختلفتين يستتبع ولاية الشريعة الاسلامية، رغم ما قد يكون هناك من أوجه شبه أو تقارب بين الطائفتين .

والطوائف التى كان لها جهات قضائية ملية منظمة هى الطوائف السابق تعدادها. وقد كانت ولاية الجهات القضائية جميعا فى مصر تستند إلى الخط الهمايونى الصادر فى الدولة العليه سنة ١٨٥٦ منظما للادارة والمحاكم والبطرخانات، وعلى منشورات الباب العالى الصادرة سنة ١٨٩١ [1]. على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن الحكومة المصرية قامت بتنظيم بعض الطوائف فأصبحت محاكم هذه الطوائف تستند من الناحية القانونية إلى التنظيم المذكور. فقد صدرت لائحة لتنظيم مجلس الاقباط الارثوذكس فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣، ولائحة لتنظيم مجلس الأرمن الكاثوليك سنة ١٩٠٥.

أما الطوائف الأخرى فلم تصدر بشأنها تشريعات خاصة. ولذلك ظلت ولايتها تستند إلى الخط الهمايونى الصادر سنة ١٨٥٦ والمنشورات اللاحقة له حتى انفصلت مصر عن السلطنة العثمانية فصدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ مجيزا للطوائف الدينية الاستمرار فى ولاية القضاء بين تابعيها، فصارت هذه الطوائف

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : احمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٥٨ وما بعدها .

بذلك تستمد ولايتها من قانون صادر عن الحكومة المصرية . وقد صدر بعد ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ لترتيب محاكم الأحوال الشخصية للطوائف الملية لغير المسلمين ناصاً فى مادته الثامنة على أن يكون ترتيب هذه المحاكم بلائحة تعتمدها الحكومة ويصدر بها مرسوم . ولكن المرسوم بقانون الذى صدر بهذه اللائحة قد سقط بعدم تقديمه إلى البرلمان فى اجتماعه الأول التالى لصدوره وفقاً للدستور . ولذلك فالطوائف التى لم تصدر بشأنها تشريعات خاصة تظل صاحبة ولاية فى هذا الشأن استنادا إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ ، بالرغم من عدم وجود لائحة تنظم محاكمها على النحو الذى كان يشترطه مرسوم سنة ١٩٣٦ .

المبحث الثانى

مصادر الشرائع غير الاسلامية

٢٣ — إذا كانت الشرائع صاحبة الولاية هى الشرائع الطائفية على نحو مارأيناه ، فإن تحديد المقصود بفكرة الشريعة قد أثار جدلا فى الفقه والقضاء انعكس أثره على تحديد مصادر هذه الشرائع . لذلك كان علينا أن نحدد المقصود بفكرة الشريعة التى يعطيها المشرع الولاية ، قبل أن نحدد مصادر كل من الشرائع المسيحية واليهودية .

المطلب الأول . فكرة الشريعة
المطلب الثانى : مصادر الشرائع المسيحية
المطلب الثالث : مصادر الشرائع اليهودية

المطلب الاول

فكرة الشريعة

٢٤ — لم يتفق الفقه والقضاء على تحديد المقصود بالشريعة التى تجعل المادة

الثالثة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الولاية لها على زواج غير المسلمين .
وقد ثار هذا الخلاف بصدد تحديد أسباب التطليق فى الشرائع المسيحية. وقد ذهب رأى[1] إلى أن المقصود بالشريعة هو الأحكام الواردة فى الكتب السماوية وحدها دون الأحكام التفسيرية أو التكميلية التى نشأت على هامشها على مر العصور، ومن ثم انتهى بصدد المشكلة التى ثار بشأنها الخلاف إلى عدم جواز التطليق إلا للزنا على اعتبار أنه السبب الوحيد الذى يقره الانجيل . وذهب رأى آخر [2] إلى أن فكرة الشريعة تتجاوز ماورد فى الكتب السماوية من أحكام إلى الأحكام الاخرى التى نشأت على هامشها لتفسيرها أو لتكملتها والتى وردت فى أقوال الرسل واجتهادات رجال الدين بصفة عامة ، بالإضافة إلى مااستقر عليه العمل داخل كل ديانة أو مذهب أو طائفة . ولذلك فقد انتهى هذا الرأى بصدد المشكلة التى ثار بشأنها النزاع إلى اختلاف أسباب التطليق ضيقا واتساعا بحسب ما استقر فى كل طائفة وفقا لاجتهاداتها وما جرى عليه العمل بين أبنائها .

وحجة الرأى الأول أن أحكام الشريعة الدينية توجد مدونة فى الكتب السماوية . أما مايجاوز هذه الاحكام فلا يمت بصلة اليها ، وإنما يجد أصله فى بعض القوانين التاريخية كالقانون الرومانى أو فيما جرى عليه العمل ، على نحو يكون معه مخالفا للشريعة بمعناها الأصيل. هذا إلى أن مثل هذه الأحكام الأخيرة لا يمكن

---

(١) أنظر بصفة خاصة حكم محكمة قنا الابتدائية فى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المحاماة ، س ٣٧ ، ص ١٩٩ . وأنظر الأحكام الأخرى التى سايرت هذا الاتجاه ، فى مؤلف أحمد سلامة سالف الذكر ، ص ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) أنظر بصفة خاصة حكم محكمة القاهرة الابتدائية رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٦ ، المجموعة الرسمية ١٩٥٨ ص ١٣٣٣ ، وأنظر كذلك الأحكام المشار اليها فى مؤلف توفيق فرج سالف الذكر ، ص ١٢٧ ومابعدها ، ومؤلف أحمد سلامة ، ص ٣٠٧ .

اعتبارها من قبيل العرف المنشىء للقاعدة القانونية ، لمخالفتها للأحكام الأصلية الثابتة بنصوص الكتب السماوية ، حيث لا مجال للعرف عند وجود النص .

أما حجة الرأى الثانى فهى أن فكرة الشريعة تتميز عن فكرة الديانة، فالأولى يقصد بها الأحكام المتعلقة بالعلاقة بين الناس. أما الثانية فيقصد بها الأحكام المتعلقة بالعلاقة بين الله وبين الإنسان . ولذلك فعدم اجازة التطليق إلا للزنا يعتبر حكما دينيا ، بينما اجازته لغير ذلك من الأسباب التى تقررها المصادر المفسرة أو المكملة يعتبر حكما قانونيا بالمعنى الدقيق . كذلك فبعض الكتب السماوية كالانجيل لا تأتى إلا بالقليل من أحكام المعاملات وفى غير تفصيل، على نحو لا يمكن القول معه بأنها تضع نظاما متكاملا وقابلا للتطبيق فيما يتعلق بالزواج إن لم يؤخذ بعين الاعتبار المصادر المفسرة أو المكملة سالفة الذكر .

ولعل مما يؤيد هذا الاتجاه الأخير أن المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ عندما نصت على أن تصدر الأحكام فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين طبقا لشريعتهم ، قد قصدت مجرد التخلص من تعدد جهات القضاء، تاركة الأحكام الموضوعية لما كان يجرى عليه العمل قبلها، وأن ما كان يجرى عليه العمل هو الاعتداد بالمصادر التفسيرية أو التكميلية المختلفة بجانب الكتب السماوية . ولذلك فقد جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون قاطعة فى التدليل على ضرورة الاعتماد على المصادر المذكورة. فقد أشارت إلى أن من بين أسباب اصدار القانون أنه ليس من اليسير أن يهتدى (إلى أحكام الشرائع الدينية) عامة المتقاضين، وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات بعض المجتهدين من رجال الكهنوت » .

والواقع أن الخلاف السابق إنما ينبعث من فهم المادة الأولى من القانون

المدنى التى تعدد مصادر القانون وترتب قدرتها فى العمل ، فتجعل النص هو المصدر الاصلى ، يعقبه العرف ، إلى نهاية التعداد الوارد بها . فقد فهم البعض هذا التعداد على أنه ينصرف إلى الأحوال الشخصية كما ينصرف إلى الاحوال العينية . ولذلك فقد أقام نصوص الكتب السماوية بصدد الاحوال الشخصية مقام نصوص القانون الوضعى بصدد الاحوال العينية ، على نحو يتعين معه الاعتماد على العرف مباشرة عند تخلف النص السماوى بصدد الاحوال الشخصية . غير أن الواقع أن نص المادة الأولى من التقنين المدنى إنما ينصرف الى الأحوال العينية وحدها. أما الأحوال الشخصيه فى الحدود التى تخضع فيها لولاية الشرائع الدينية فصادرها هى مصادر الشرائع الدينيه على الترتيب الذى تقرره هذه الشرائع ذاتها، وعلى نحو تعتبر معه نصوص الكتب السماوية مصدراً أصلياً وتعتبر المصادر الاجتهادية والعملية المكملة أو المفسرة بمثابة مصادر احتياطية .

المطلب الثانى

مصادر الشرائع المسيحية

١ - المصادر المشتركة

٢٥ — يعتبر الكتاب المقدس بعهديه القديم والجديد هو المصدر الأول للشرائع المسيحية . والعهد الجديد يتمثل فى الأناجيل الاربعة : أنجيل متى ، وأنجيل مرقس وأنجيل لوقا ، وأنجيل يوحنا . أما العهد القديم فيتمثل فى التوراة .

ومرجع ذلك أن الانجيل يعتبر مكملا ومعدلا للتوراة وليس منفصلا عنها ،

لذلك فإن التوراة تعتبر واجبة التطبيق بالنسبة للمسيحيين فى كل ما لا يتعارض من أحكامها مع الانجيل بصفة عامة .

أما المصدر الثانى فهو الكتابات المنسوبة الى الرسل . فقد أوجد اتساع المجتمع المسيحى الحاجة الى تفصيل وتكملة ما جاء فى الكتاب المقدس ، فظهرت كتابات نسبت الى الرسل واستمدت قوتها فى الواقع من هذه النسبة ، ورغم أنها تعتبر فى حقيقتها تطويع لمبادىء الكتاب المقدس لحاجة المجتمع المتغيرة والمتجددة . ولعل أهم هذه الكتابات هو كتاب « فقه الرسل الاثنى عشر » الموضوع فى القرن الثانى، ثم كتاب « تعاليم الرسل المعروف « بالدسقولية »، والموضوع فى القرن الثالث ، ثم كتاب « المرسوم الكنسى المصرى » الموضوع فى أوائل القرن الثالث ، ثم كتاب « القواعد الكنسية » وكتاب القواعد الشرعية اللاحقة للصعود . » وقد ظهرت مؤلفات جامعة للكتابات السابقة مثل « الدساتير الرسولية » الموضوعة فى نهاية القرن الرابع والكتاب المسمى « المجموعة الثمانية لأقليمنطوس » .

وأما المصدر الثالث فهو قرارات المجامع الكنيسية . وتستمد هذه القرارات قوتها الملزمة من أن المسيح عليه السلام قد خول الكنيسة سلطة قيادة العالم المسيحى وقد مارست الكنيسة هذه السلطة عن طريق عقد المجامع لإصدار القرارات اللازمة فيما يطرأ من مشاكل . لذلك فهذه القرارات تعتبر بمثابة المصدر الثالث للشريعة المسيحية . وأهم المجامع العامة التى حضرها ممثلو جميع الكنائس المسيحية هى مجمع نيقية سنة ٣٢٥ م ثم مجمع القسطنطينيه سنة ٣٨١ م ثم مجمع أفسس سنة ٤٣١ ثم مجمع خلقيدونيا سنة ٤٥١ م . أما المجامع الخاصة أو المحلية ، التى اقتصر حضورها على ممثلى طائفة معينة أو اقليم معين ، فأهمها المجامع الخمسة التى

فى القرن الرابع : مجمع أنقرة سنة ٣١٤-٣٢٠ ، ومجمع أنطاكية سنة ٣٤١، ومجمع عنجرا سنة — ٣٧٠ ، ومجمع اللاذقية سنة ٣٤٧ - ٣٨١ .

وأما المصدر الرابع فهو المراسيم . ويقصد بها الأوامر التى يصدرها المطارنة إلى الكهنة لتنظيم ممارستهم للمهام المنوطة بهم . وقد بدأت هـــذه المراسيم تحتل المنزلة التى كانت تحتلها قرارات المجامع الكنسية على الأخص عقب انقسام الكنائس المسيحية .

وأما المصدر الأخير المشترك للشرائع المسيحية ، فهو بطبيعة الحال ، مؤلفات رجال الكنسية القدامى ، بصفة عامة . ومن أهم هذه المؤلفات « قواعد القديس باخو » ، « وكتاب القواعد الكبرى والصغرى للقديس بسيليوس » [1]

٢ — المصادر الطائفية

٢٦ — وإذا كانت المصادر السابقة تعتبر مصادرا بالنسبه للشرائع المسيحية على أختلافها ، فقد أدى أنقسام الكنيسة على النحو السابق إلى استقلال كل مذهب وطائفة بمصدرها .

فبالنسبة للاقباط الأرثوذكس لازالت المصادر السابقة هى مصادر الشريعة القبطيه . غير أن الشريعة القبطية قد تميزت بعد ذلك بتطورها المستقل . وقد تمثل هذا التطور فى محاولات التدوين والتجميع التى توالت ابتداء من القرن الحادى عشر . وأهم هذه المحاولات هى المحاولة التى قام بها البطريرك كيرلس الثالث الشهير

---

(١) لمزيد من التفصيل فى مصادر الشرائع المسيحية ، أنظر : شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٠ ومابعدها . وانظر كذلك ، ثروت أنيس الأسيوطي ، ومراحل تطورها (التكوين والتدوين والتجميع والتفتيش) ص ٢٣ ومابعدها .

بابن لقلق فى القرن الثالث عشر والمعروفة باسمه ، ثم الكتاب الذى ألفه الشيخ الصفى ابن العسال الفقيه القبطى المشهور متأثرا فيه بالقانون الرومانى والشريعة الأسلامية فى ذات الوقت (٢) ، والذى ظل معتبرا المرجع الأول للشريعة القبطية الأرثوذكسية حتى أواخر القرن الماضى، ثم كتاب «الخلاصة القانونية» الذى وضعه الايغومانوس فيلوثاوس رئيس الكنيسة المرقسية سنة ١٨٩٦ ، مسترشداً فيه بالكتب السابقة .

على أنه فى سنة ١٩٣٨ قد تألفت لجنة من أعضاء المجلس الملى العام قامت بوضع بعض القواعد التى ظلت المجالس المليه تسترشد بها حتى الغائها بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وفى سنة ١٩٥٥ وضع مشروع قانون للأحوال الشخصية أقره المجمع المقدس والمجلس الملى العام وقدم إلى وزارة العدل لتصدر به قانونا .
ولكن مثل هذا القانون لم يصدر تحت تأثير الاتجاه الى توحيد قواعد «الاحوال الشخصية» لغير المسلمين بصفة عامة .

وقد ذهبت بعض أحكام المحاكم إلى تطبيق المجموعة الاولى دون الثانية على أساس أن إعمالها حتى تاريخ الغاء المجالس المالية قد أكسب قواعدها قوة العرف. وعلى العكس من ذلك فقد ذهب كثير من الشـــراح الى الاعتماد على المجموعة الأخيرة باعتبارها المجموعة الصادرة عن السلطة صاحبة الولاية الشرعية فى إصدارها وهى المجمع المقدس ـ بجانب إقرارها من المجلس الملى العام ـ خلافا للمجموعة الاولى.

---

(٢) يلاحظ أنه منذ الفتح العربى ، أخذ فقهاء الشريعة المسيحين يرجعون الى الفقـــه الإسلامى لأستكمال مجموعاتهم الشرعية بدلا من القانون الرومانى البيزنطى . أنظر فى تفصيل ذلك : شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣١ ومابعدها ، ثروت أنيس الأسيوطى ، المرجع السابق ، ص ، ٥ ومابعدها .

كذلك فقد ذهبت بعض الأحكام الى تطبيق كل من المجموعتين فى النطاق الزمنى لها، على أساس أن المجموعة الثانية قد حلت محل المجموعة الأولى .

ويبدو لنا أن أيا من المجموعتين ليس لها قوة قانونية ملزمة فى ذاتها نظرا لعدم صدورها عن السلطة الكنسية المختصة . ويستوى فى ذلك كل من المجموعتين. ذلك أنه قد ثبت بالنسبة للمجموعة الاخيرة أن أجتماعات المجمع المقدس كانت غير قانونية لعدم توافر العدد اللازم لصحة أصدارها . على أنه ليس معنى ذلك أن هاتين المجعتين خاليتان من كل قيمة . ذلك أنه يظل لهما القيمة التى للمصادر الاحتياطية الاخرى ، وهى تبسيط وتجميع القــواعد القانونية فى المسائل التى تعرض لها . وبعبارة أخرى فلا زال الباب مفتوحا فى رأينا أمام القاضى للاجتهاد فى استنباط أحكام الشريعة القبطية الارثوذكسية ، مسترشداً فى ذلك بالمصادر الاصلية والمصادر الاحتياطية . وله فى هذا الصدد أن يستعين بكل من المجموعتين السابقتين دون التقيد حرفيا بنصوص أى منها .

أما السريان الارثوذكس ، فيوجد لديهم مؤلفات خاصة بهم ترجع إلى القرن الخامس ، أهمها كتاب «الهدى» لابن العبرى الذى تأثر فيه بالفقة الإسلامى وبصفة خاصة فقة الامام الغزالى . على أن هذه الطائفة لم تستقــل بقضائها عن الاقباط الأرثوذكس إلا ابتداء من سنة ١٩١٣ . وقد وضعت لها مجموعة خاصة للأحوال الشخصية سنة ١٩٢٩ لا تختلف أحكامها كثيرا عن أحكام الشريعة القبطيـة الارثوذكسية .

وأما بالنسبة للأرمن الارثوذكس ، فأول مجموعة لديهم ترجع إلى القـرن الثامن . على أن أهم مؤلفاتهم هى كتاب الأحكام القضائية المعروفة بإسم « مختار جوش » . وقد وضعت لهم مجموعة خاصة فى سنة ١٩٤٠ تعرف بإسم « قانون الاحوال الشخصية لطائفة الأرمن الارثوذكس بالقاهرة » .

وأما الروم الأرثوذكس فقد دونت مجموعاتهم فى القرن الثانى عشر باللغة العربية. وقد صدرت لهم لائحة الزواج والطلاق والبائنة فى ١٢ مارس سنة ١٩٢٧.

٢٧ — أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية فأهم المصادر لديها — بعد المصادر المشتركة — هى قرارات المجامع الخاصة من ناحية وقرارات البابا من ناحية أخرى.

ويتميز القانون الكنسى الكاثوليكى فى الغرب بتأثره بالقانون الرومانى بصفة خاصة وقد انتهى أمر هذا القانون إلى أن أودع المجموعة الكنسية الغربية المصاغة على نمط التقنينات الحديثة سنة ١٩١٧. أما فى الشرق فقد ظهرت مجموعات طائفية للطوائف الكاثوليكية المختلفة. ولكن كان من أثر تعدد هذه المجموعات أن أرتأى الكرسى الرسولى فى روما توحيد القواعد الخاصة بالشرقيين، فشكلت لجنة وضعت قواعد موحدة صدرت بها ارادة رسولية لقداسة البابا بيوس الثانى عشر سنة ١٩٤٩. وتتميز هذه القواعد - رغم اعتمادها على المجموعة الغربية - بالتأثر بالفقه المسيحى الشرقى والتقاليد المستقرة فى الشرق.

٢٨ — وأما بالنسبة للطوائف البروتستانتية، فهى كما قدمنا لا تعترف بقوة إلا للكتاب المقدس دون غيره من المصادر على نحو يكون معه باب الاجتهاد مفتوحا أمام الكافة دون التقيد بما عداه من مصادر.

وقد قدمنا أن البروتستانت فى مصر يعتبرون طائفة واحدة نشأت فى بداية هذا القرن. وقد وضعت لهذه الطائفة مجموعة خاصة للأحوال الشخصية مأخوذة أساسا من مجموعة الطائفة القبطية الارثوذكسية، وإن كانت متأثرة من بعض الوجوه بالشريعة الإسلامية (١).

---

(١) شفيق شحاتة: المرجع السابق، جـ١ ص ٥١ - أحمد سلامة - المرجع السابق، ص ٣٠٢.

المطلب الثالث

مصادر الشرائع اليهودية

٢٩ — تعتبر التوراة المصدر الأول للشريعة اليهودية [١] . والتوراة على عكس الإنجيل تتعرض لكثير من مسائل الدنيا ، بجانب مسائل الدين ، ومن بينها مسائل الزواج .

وإلى جانب التوراة يوجد التلمود . على أن النظر قد اختلف إلى التلمود بين طائفة الربانيين وطائفة القرائين . فبالنسبة لطائفة الربانية يعتبر التلمود كتابا سماويا مثله فى ذلك مثـل التوراة . أما بالنسبة للقرائين فيعتبر كتابا فقهيا يتولى تفسير التوراة .

وإلى جانب هذه وتلك توجد المؤلفات الفقهية . ومن أهم هذه المؤلفات مؤلفات سعد الفيومى الموضوعة بالعبرية ، ومؤلفات موسى ابن ميمون التى يعتبر كتاب « اليد القوية » أهمها ثم مؤلفات يوسف بن أفريم كارو .

على أن الكتاب الذى كان معتمدا أمام المحاكم الشرعية اليهودية للربانيين هو كتاب « الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين » الذى وضعه م . جاى بن شمعون وكيل حاخام خانة القاهرة سنة ١٩١٢ معتمداً فيه على المصادر السابقة . أما بالنسبة لطائفة القرائين ، فهو كتاب الياهو بشياصى الذى ترجمه إلى العربية سنة ١٩١٧ ، مع شرحه والتعليق عليه ، الأستاذ مراد فرج .

---

(١) أنظر : توفيق فرج ـ المرجع السابق ـ ١٥٨ وما بعدها ـ أحمد سلامة ـ المرجع السابق ص ٢٩٦ وما بعدها .

الفصل الثانى

مدى ولاية الشرائع غير الاسلامية

٣٠ — لا تمتد ولاية الشرائع غير الإسلاميه إلا إلى الأشخاص المتحدين فى الديانه والمذهب والطائفه . ومن ثم فولاية كل من هذه الشرائع تقتصر فى الواقع على أتباع الطائفه التى وضعت هذه الشريعه لها وحـــدهم ، على نحو يؤدى معه الاختلاف فى الديانه أو المذهب أو الطائفه إلى الخروج من ولايه الشرائع الخاصة بأسرها والدخول فى ولاية الشريعه العامة وهى الشريعة الإسلامية. ولكن الإنتماء إلى ديانة أو إلى طائفة معينه أمر ارادى ، على نحو يمكن معه للشخص أن يغير ديانته أو ملته أو طائفته . وهذه الحقيقه من شأنها أن تثير التساؤل عن أثر مثل هذا التغيير فى نقل الولايه من شريعه لأخرى .

ولذلك فتحديد مـــدى ولايه الشرائع غير الإسلاميه يقتضى بحث مسألة الاتحاد فى الديانه والملة والطائفه ومسألة تغيير أى منها .

المبحث الأول : الإتحاد فى الديانه والملة والطائفه .

المبحث الثانى : تغيير الديانه أو الملة أو الطائفة .

المبحث الاول

الاتحاد فى الديانة أو الملة أو الطائفة

٣١ — يتضح من نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ ١٩٥٥ أن ولايه الشرائع الدينيه غير الاسلاميه منوطة باتحاد المتنازعين فى الديانه والمله والطائفة على التفصيل الذى سبق أن أشرنا اليه . ذلك أن المادة المذكورة تنص على أنه « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى

الطائفة والملة ...» . وعلى ذلك فإذا كان المتنازعان من ديانتين مختلفتين، أحدهما مسيحي والآخر يهودي، فلا إختصاص لشريعة أي منهما، وإنما يكون الاختصاص - على نحو ماسوف نراه - للشريعة العامة وهي الشريعة الاسلامية . وكذلك الأمر إذا كان المتنازعان من ديانة واحدة ولكنهما يتبعان ملتين مختلفتين ، كما لو كانا مسيحيين أحدهما أرثوذكسي والآخر كاثوليكي أو بروتستانتي أو كانا يهوديين أحدهما ربانى والآخر قرائي. وبالمثل لو كان المتنازعان من ديانة واحدة ويتبعان مذهبا واحدا ولكنهما من طائفتين مختلفتين ، كما لو كان النزاع بين مسيحيين أرثوذكسين أحدهما قبطي والآخر سرياني أو رومي، أو كان النزاع بين مسيحيين كاثوليكيين أحدهما رومي والآخر لاتيني أو روماني ، إلى غير ذلك .

ومع ذلك فقد ذهب البعض [1] إلى أنه يكفي لثبوت ولاية شريعة غير اسلامية الإتحاد في الديانة والملة حتى ولو كان هناك اختلاف في الطائفة ، على نحو لاتثبت معه الولاية للشريعة الاسلامية لمجرد الاختلاف في الطائفة إذا ما إتحدت الملة .

ولعل أهم مايستند إليه هذا الاتجاه هو أن تعدد الطوائف لايقابله دائما تعدد في الشرائع . فرغم إشتمال المذهب الكاثوليكي على طوائف سبع ، إلا أن هناك شريعة واحدة تطبق على جميع هذه الطوائف . أما المذهب الارثوذكسي ، فرغم انقسام أفراده من الناحية النظرية بين فكرة الطبيعة الواحدة وفكرة الطبيعتين إلا أن أحكام الشرائع الارثوذكسية الموضوعية تكاد تكون واحدة. وأما المذهب البروتستنتي فلا يثير صعوبة نظراً لأن أنصاره في مصر يعتبرون طائفة واحدة .

---

(١) حلمي بطرس ، أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ (محاضرات) ، ص ٣٩ وما بعدها .

على أن بعضا ممن يؤيدون هذا الرأى — على مستوى السياسة التشريعية — لاينكرون إمكان وجود الإختلاف بين شرائع من يدينون بمذهب واحد. ولذلك فإنهم يعترفون بوجود تنازع بين هـذه الشرائع وينادون بحله وفقاً لقاعدة من قواعد الإسناد، وبصفـــة خاصة قاعدة أن المدعى يتبع المدعى عليه من حيث الإختصاص (١).

كذلك فالإختلاف فى الطائفة هو فى الواقع اختـــلاف إجتماعى يرجع إلى إختلاف عرفى لا إلى إختلاف العقيدة، ذلك الاختلاف الذى ينبنى عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق . ولذلك فالشرائع تكاد تتطابق من حيث أحكامها الموضوعية كلما كانت منبثقة عن مذهب واحد ، وتقترب — من حيث هـــذه الأحكام — فى الشرائع المنتمية إلى ديانة واحدة . وعلى هـذا النحو فلا ينبغى أن يكون للاختلاف فى الطائفة أثر على تحديد القانون الواجب التطبيق مادام هناك إتحاد فى الملة والديانة . بل إن الاعتداد بمثل هذا الاختلاف لتطبيق الشريعة العامة وهى الشريعة الاسلامية ، « ينافى الأساس الذى بنيت عليه ولاية القانون الدينى، ولايتفق مع مقاصد المشرع من ذلك ... » .

٣٢ — على أنه مما لاشك فيه أن هذا الرأى يغفل صريح نص المادة السادسة من القانون التى تستلزم إتحاد « الطائفة والملة » لثبوت الولاية لشريعة من الشرائع غير الاسلامية .

كذلك فهذا الرأى يغفل القصد الواضح للمشرع فى هذا الصدد (٢) . فالمشرع

---

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٠ .

(٢) توفيق فرج ، المرجع السابق، ص ١٧٥ وما بعدها، أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٩٢ وما بعدها ، جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٣٠ وما بعدها .

عندما نص على إلغاء المجالس الملية والمحاكم الشرعية وعهد بإختصاصها إلى المحاكم العادية قد أراد الابقاء من حيث القواعد الموضوعية على الوضع السابق عليه دون إحداث أى تغيير . وقد كان الرأى الراجح فى الفقه والقضاء قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ هو ثبوت الاختصاص للمحاكم الشرعية ، بما يترتب على ذلك من إعمال الشريعة الاسلامية عند الاختلاف فى الطائفة ، وكان هذا الرأى يستند إلى أن الولاية لم تكن تثبت لمحكمة طائفة من الطوائف على نحو يستتبع تطبيق شريعتها — إلا عند إنتماء كلا المتنازعين إلى ذات الطائفة . فالمادة ١٦ من الدكريتو الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ الخاص بلائحة ترتيب وإختصاص مجلس الأقباط الأرثوذكس كانت تنص على أنه « من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى . . . » . وقد وجدت نصوص مماثلة فى التشريعات المنظمة لمجالس الأرمن الكاثوليك والانجيليين الوطنيين .

أما ما يقال من أن تعدد الطوائف لا يقابله تعدد فى الأحكام الموضوعية ، فهو إن كان يصدق بالنسبة للكاثوليك ، إلا إنه لا يصدق بالنسبة للأرثوذكس ، حيث تتعدد الشرائع بالفعل على نحو يترك الباب مفتوحاً أمام إختلاف أحكامها الموضوعيـــة .

والواقع أن الرأى الذى ينادى بالاكتفاء بإتحاد الملة للخروج من نطاق الشريعة الإسلامية ـ وهى الشريعة العامة ـ مبعثه اعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية وليس بالقانون الوضعى . ذلك أن تطبيق الشريعة الإسلامية لمجرد الاختلاف فى الطائفة ورغم أتحاد المذهب ، يبدو مناقضاً لما قصد إليه المشرع ـ فى نظر أنصار هذا الرأى ـ من ترك الحرية لغير المسلمين فى تنظيم ما يتصل بعقائدهم وفقاً للأحكام المنبثقة عن هذه العقائد . ولكن البعض يرد على ذلك ـ فيما يبدو ـ بالقول

بأن المشرع يتجه إلى توحيد القواعد الموضوعية فى الموضوع الذى نحن بصدد دراسته ، وأن تطبيق الشرائع غير الإسلامية ليس إلا مرحلة مؤقتة ريثما يتيسر للمشروع تحقيق التوحيد المنشود ، على نحو يكون معه توسيع نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية - باعتبارها الشريعة العامة - متفقا مع القصد النهائى للمشرع (١). وسوف نعود إلى هذه المسألة عند دراستنا لولاية الشريعة العامة.

٣٣ — على أن التساؤل يثور حول معرفة الشريعة صاحبة الولاية فى حالة ما إذا كان الشخص قد فصل من الطائفة التى يتبعها ، كما يحدث فى حالة الفصل من الكنيسة بالنسبة للانجيليين . ويبدو أن مثل هذا الشخص إذا ما تزوج بآخر تابع لذات الطائفة التى كان هو يتبعها ، فإنه يكون مختلفا عن زوجه فى الطائفة رغم الاتحاد فى الديانة والملة (٢) . ولذلك فتكون الولاية للشريعة الإسلامية فيما ينشأ عن الزواج من منازعات .

كذلك يثور التساؤل عن الشريعة الواجبة التطبيق على غير المسلمين إذا ما كانوا ملحدين ومن الواضح أن الولاية تكون للشريعة الإسلامية فى هذه الحالة إذا كان كلا الطرفين ملحدين من الاصل ، تأسيسا على ما قلناه من أن المشرع المصرى ، حتى وان قيل بأنه يقر حرية العقيدة بصفة مطلقة ، إلا أنه لا يرتب أثرا قانونياً فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب التطبيق إلا على اعتناق العقائد السماوية وحدها .

٣٤ — وإثبات الاتحاد فى الديانة والملة والطائفة يخضع للقواعد العامة التى

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق .
(٢) حسام الدين كامل الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .
قرب : أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ ومابعدها .

تجعل عبء الإثبات على عاتق المدعى[1]. والمقصود بالمدعى فى هذا الصدد ليس رافع الدعوة بصفة دائمة ، وانما من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا ، سواء كان هو رافع الدعوى أو كان المرفوعة ضده . ولما كان الاصل أن يتم الزواج بين متحدين فى الديانه والملة والطائفه - تحقيقاً لاهداف الزواج من تكوين أسرة متناسقة متفاهمة - فإن الوضع الثابت يكون هو وضع الاتحاد فى الديانة والملة والطائفة ولذلك فعبء الإثبات لا يقع على من يدعى الاتحاد فى الديانة الملة والطائفه وانما على من يدعى الاختلاف فى أى منها .[2]

والاختلاف فى الديانه والمله والطائفه يعتبر بمثابه واقعة مادية .لذلك فيجوز إثباته بكافة الطرق . ويبدو فى هذا الصدد أن القضاء[3] لا يعتد باختلاف جهة العباد دليلا على أختلاف الملة أو الطائفة ، كما لا يعتد بجهة إبرام الزواج دليلا على الإتحاد فيها . فمجرد إقرار الشخص بانضمامة الى طائفه معينه وخضوعه لاحكامها كاف لإثبات تبعيته لها . ولكن صحة مثل هذا الاقرار تستلزم توافر الاهلية لديه. والأهليه المقصودة فى هذا الصدد هى الاهلية التى تزول بها الولاية على النفس وليست الإهليه التى تزول بها الولايه على المال .

(١) أنظر فى مسألة الإثبات بصفة خاصة ، أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٦٣٢ ومابعدها ؛ حسام الدين كامل الأهوانى المرجع السابق ، ص ١٠٤ ومابعدها .

(٢) أحمد سلامه ، المرجع السابق فى الموضع السابق

وقارن : أيهاب اسماعيل (المرجع السابق ؛ ص ١٣٤) حيث يرى أن عبء الإثبات يكون على من يدعى الاتحاد ، ذلك « أن المشرع قد جعل أصلا مسائل للاحوال الشخصية خاضعة للشريعة الإسلامية ثم أستثنى الحالة الواردة فى المادة السادسة فى الفقرة الثانيه اذا ما توافرت شروطها ومنها شرط الاتحاد فى الطائفة والملة ، فهنا يخضع النزاع للشرائع الطائفية - فعلى من قال بخضوع نزاع للقاعدة الاستثنائية التى تقضى بتطبيق الشرائع الطائفية أن يثبت من شروطها ما قد يكون محل نزاع وغنى عن البيان أن الأصل فى مسائل الإثبات هو الواقع الغالب ، وليس القانون صاحب الولاية الأصلية .

(٣) أنظر فى تفصيل المبادىء التى وضعها القضاء فى هذا الصدد ، أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ ومابعدها .

المبحث الثانى

تغيير الديانة أو الملة أو الطائفة

٣٥ — روابط الزواج بطبيعتها روابط مستمره . واتحـاد الديانة والملة والطائفة بالنسبة لغير المسلمين شرط لإعمال شرائعهم الدينية على هذه الروابط . وقد تنشأ الرابطة بين متحدين فى الديانة والملة والطائفه بما يؤدى إلى خضوعها لشريعتها الخاصة على النحو المتقدم ، ثم يحدث أى يغير أحد طرفيها ديانته أو ملته أو طائفته بما يؤدى إلى تخلف شروط ولاية هذه الشريعه ابتداء من تاريخ التغيير. وبالمثل قد تنشأ الرابطة بين مختلفين فى الديانه أو الملة أو الطائفة بما يؤدى إلى تخلف شرط إعمال الشرائع غير الاسلامية وتحقق شرط إعمال الشريعه الإسلامية ، ثم يعتنق أحد الطرفين ديانة أو مذهب الطرف الآخر أو يدخل فى طائفته بما يؤدى إلى توافر شرط إعمال احدى الشرائع الخاصة والخروج من نطاق إعمال الشريعة الإسلامية ابتداء من تاريخ التغيير كذلك. وهذا الأمر أو ذاك من شأنه أن يثير التساؤل عما إذا كان يعمل بمقتضى التغيير الطارىء ، سواء كان هذا المقتضى هو الخروج من نطاق ولاية الشريعه غير الاسلاميه أو الدخول فيها ، وقد كان التساؤل عن مدى الاعتداد بالتغيير مطروحا قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وقد تباينت الاتجاهات فى هذا الصدد . ثم حسم المشرع المشكلة فى القانون المذكور . فالى أى حد يتفق الحل الذى جاء به هذا القانون مع الاتجاهات السابقه عليه ؟ .

المطلب الأول ؛ موقف الفقه والقضاء

المطلب الثانى ؛ موقف المشرع

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء

٣٦ ـ ذهب أتجاه أول الى الاجابة عن التساؤل المطروح انبعاثا من تصوير روابط الزواج على أنها روابط عقدية ، وأن الأصل فى هذه الروابط هو اعتبار العقد شريعة المتعاقدين . ولذلك فقد انتهى هذا الاتجاه الى أن روابط الزواج التى تنشأ وفقا لشريعة معينة تجعل من الحقوق التى تقررها هذه الشريعة لأحد الطرفين أو الآخر حقوقا مكتسبة لا يجوز المساس بها من بعد [1]. وعلى هذا النحو يصل الاتجاه المذكور إلى عدم الاعتداد بما يحدث من تغيير فى الديانة أو الملة أو الطائفة . فإذا كانت الرابطة قد نشأت بين متحدين فى الديانة والملة والطائفة كانت محكومة بشريعة الطرفين وقت نشأتها ، وظلت كذلك حتى لو غير أحدهما ديانته أو ملته أو طائفته من بعد . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الرابطة قد نشأت بين مختلفين فى الديانة أو الملة أو الطائفة كانت خاضعة للقانون العام وهو الشريعة الاسلامية ، وظلت كذلك حتى ولو أعتنق أحد الطرفين ديانة الطرف الآخر أو ملته أو طائفة بما يؤدى إلى توافر الاتحاد فى الديانة والملة والطائفة .

ولعل مايعيب هذا الرأى هو أنه يتجاهل خصوصية روابط الزواج ويجرى عليها بصفة عامه أحكام الروابط العقدية المالية .فهذه الروابط ليست روابط عقديه خالصة بالمعنى التقليدى المفهوم لهذه الروابط .ذلك أن المفهوم من الروابط العقدية

---

(١) فى هذا المعنى احمد صفوت المرجع السابق ص ٤٧ . حلمى بطرس المرجع السابق. ص ٥١ وما بعدها .

التي تعتبر الحقوق الناشئة عنها حقوقا مكتسبة هو الروابط التي لا يقف دور إرادة الأفراد فيها عند نشأتها، وانما يمتد إلى تنظيم مضمونها ومراحلها المختلفة. وروابط الزواج إن كانت تنشأ بإرادة الطرفين التي تتمثل في عقـد الزواج إلا انها تخضع لنظام قانوني موحد يحدد مضمونها ويعين حكم مراحلها المختلفة ولذلك فلا يصدق على هذه الروابط وصف الروابط العقديه بقدر ما يصدق عليها وصف الروابط القانونيه، مادام دور العقد فيها يقتصر على ادخال طرفيه في دائرة اعمال النظام القانوني الذي تضعه الجماعه، دون اعتبار لما يريده الطرفان عند ابرام العقد. اكثر من ذلك نحتى في نطاق الروابط العقديه الماليه لم يعد للارادة ذلك الدور الذي كان معترفا لها به من قبل. فقد اصبح القانون يتولى تنظيم مضمون ومراحل العلاقات العقدية الماليه تنظيما آمراً لا يعتد كثيرا بارادة لأفراد أطرافها، ولا يقف عند الحقوق الناشئه عنها.

وعلى هذا النحو فانه يصعب القول بان إنشاء رابطه زواج في ظل شريعه معينه ينشىء حقوقا مكتسبه لكل من طرفيها هي الحقوق التي تخولها لهم الشريعه المذكوره. فالأمر مرجعه - من ناحية القانون الوضعي - أولا وأخيراً إلى مدى اعتداد القانون الوضعي أو عدم أعتداده بنتائج تغيير الديانه أو الملة أو الطائفه فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، وليس الحقوق التي تخـولها شريعه معينه لاطراف الذين نشأت علاقتهم في ظلها. ولذلك فقد قررت محكمه النقض في حكمها الصادر في ٣ ديسمبر ١٩٢٦ [١] أنه ... لا يصح التحدي من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا في أستبقاء عروة الزوجية معقوده طبقا للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه كما قررت في حكمها الصادر في ٢٢ مايو سنه

(١) مجموعة القواعد القانونية، جـ١، ص ١١٨، بند ٩.

١٩٥٤ (١) أنه «ليس للزوجة قانونا التحدى بحق مكتسب فى أن تطلب التطليق وفقا لأحكام القانون الذى ابرم عقد الزواج تحت سلطانه ، لأن عقد الزواج - على الرأى السائد فى فقه القانون - لا يكسب أيا من الزوجين، فيما يختص بالطلاق أو التطليق ، حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص» .

٣٧ - وقد ذهب اتجاه آخر - يبدو أنه الاتجاه الذى ساد القضاء والذى أيدته محكمة النقض إلى الإجابة عن التساؤل السابق انبعاثا من فكرة حرية العقيدة .

فحرية العقيدة مكفولة فى مصر . وكفالة هذه الحرية تعتبر من النظام العام . ولذلك كان للشخص مطلق الحرية فى أن يغير ديانته أو ملته أو طائفته ، وكانت هذه الحرية من النظام العام . كذلك فمقتضى هذا التغيير عند حدوثه ، هو أن يخرج من يغير ديانته أو ملته أو طائفته من نطاق تطبيق الشريعة التى كان يخضع لها بمقتضى وضعه السابق إلى نطاق تطبيق الشريعة التى يقتضى وضعه الجديد تطبيقها ، بكل ماتخوله هذه الشريعة الأخيرة من حقوق وماتفرضه من واجبات (٢) .

٣٨ - على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن بعض من يأخذون بهذا الاتجاه الثانى

---

(١) مجموعة المكتب الفنى . ش ٥ ص ٦٨٨ . وأنظر فى استمرار هذا القضاء بعد قانون ١٩٥٥ : نقض ٣٠/١/١٩٦٣ ، مجموعة المبادىء القانونية ، ص ٦٣ ، بند ١:١ ، نقض ٢٠/٣/١٩٦٩ (طعن رقم ١٨٢ لسنة ٥٣) مجموعة المكتب الفنى س٢ ص ٤٦٣ ، بند ٧٥ ، ١٧/٥/١٩٦٩ (طعن رقم ٢ لسنة ٣٦ ق) المجموعة السابقة ، س٢٠، ص ١ د ٧، بند ١٢٠ ، ١٤/١/١٩٧٠ (طعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ ق) ، المجموعة السابقة، س٢١، ص ٩٦ ، بند ١٧ .

(٢) احمد عبد الهادى المحاكم الشرعية وسلطاتها على غير المسلمين ، مجلة القانون والاقتصاد، س ٥ ، ص ١٣ وما بعدها .

يقيدون إعماله عن طريق مبدأ من المبادىء العامه فى القانون هو مبدأ عام مشروعية الغش نحو القانون (١) . ذلك أنه إذا كان النظام العام على النحو السابق ، يفرض الإعتداد بتغيير الديانة أو الملة أو الطائفة وترتيب أثر هذا التغيير من حيث تحديد الشريعة الواجبه التطبيق ، فإن هذا التغيير كثيراً ما يكون القصد منه مجرد التحايل على القانون للوصول إلى تطبيق الشريعة التى يقتضى التغيير المذكور تطبيقها ، دون أن يكون هناك أى تغيير حقيقى فى أعتقاد من يظهر بمظهر التغيير أو فى رغبته فى الانتماء إلى مذهبه أو طائفته الأصلية . ومن المبادىء المستقره فى هذا الصدد أن الغش يفسد التصرف الذى يتم بناء عليه ، وأن هذه القاعدة مطلقة التطبيق على الأحوال العينيه والاحوال الشخصية على السواء. بل أن الاحوال الشخصية هى المجال الحقيقى الخصب الذى يمكن أن تصادف فيه تطبيقات القاعدة السابقة فكثيرا ما يرتبط شخصان وفقا لشريعة معينة كالشريعة الكاثوليكية مثلا ، ثم يدب بينهما الخلاف بما يؤدى إلى رغبة أحدهما فى الخلاص من رفيقه فلا يجد سبيلا لذلك فى الشريعة الخاضع لها فيلجأ إلى أعتناق الإسلام حتى يتوصل بذلك إلى أستعمال الحق فى الطلاق المخول للزوج بمقتضى الشريعة الإسلاميه . بل ان هذا الشخص قد لا يجد هناك داعيا لأن يعتنق الاسلام توصلا إلى هذه النتيجة فى ظل الوضع القائم ، إذ يكفيه أن يغير مذهبه أو يغير طائفته ، فيختلف بذلك شرط تطبيق الشريعة صاحبة الولاية أصلا بما يؤدى إلى تطبيق الشريعة العامه وهى الشريعه الاسلامية .

وقد أخذت بذلك بالفعل بعض أحكام المحاكم الأهليه والشرعيه فرفضت

---

(١) حامد زكى ، مسائل فى القانون الدولى الخاص ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٥ ص ٣٠١ وما بعدها ، عزيز خانكى تغيير الدين أو الملة أو المذهب وأثره فى كيان الاسرة ، المحاماه ، س ٢ ، ص ٨٥٨ وما بعدها .

الإعتداد بالتغيير إذا رتأت فيه نيه التحايل واضحه جليه ، رغم تسليمها بان التغيير يجب أن يحدث أثره بحسب الاصل . غير أن محكمة النقض قد أنتهت فى حكمها الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ [١] وتابعها فى ذلك أغلبية القضاء الوطنى إلى أن «الاعتقاد الدينى مسألة نفسانيه فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجيه الرسمية فقط . فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسميا فإنه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعا الا لأحكام الدين أو المذهب الجديد » وأردفت ذلك بقولها « ولا ينبغى للقضاء أيا كانت جهته أن ينظر إلا فى توافر المظاهر الخارجيه الرسميه لاعتناق هذا الدين أو المذهب . فإذا وجدها متوفرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبه على هذا التغيير طبقا لأحكام الدين أو المذهب الجديد. وإذا فلا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه » .

ومن الواضح أن المحكمة تأبى على هذا النحو إعمال فكرة عدم الإعتداد بالغش نحو القانون ، تغليباً لمبدأ حرية العقيدة وترتيب النتائج القانونية التى يمكن أن تستتبعها هذه الحرية وذلك أن العقيدة بطبيعتها أمر نفسى بحت لا يمكن أن يقطع فيه سوى المعتقد ذاته . ولذلك فأى بحث فيها مهما كانت دقته يمكن أن يؤدى فى النهاية إلى المساس بحرية العقيدة عن طريق ترتيب نتائج قانونية مخالفة لمقتضى العقيدة التى قرر الشخص اعتناقها . وعلى هذا النحو فقد آثرت محكمة النقض السلامة فى هذا الصدد وقررت ترتيب النتائج الكاملة لمبدأ حرية العقيدة دون تقيد بما يمكن أن يؤدى اليه مبدأ عدم الإعتداد بالغش نحو القانون .

---

[١] مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١١٨ .

على أنه لا شك فى أن هذا الموقف من المحكمة يبدو غريبا فى اطلاقه ، إذا مالا حظنا أن التغيير لا يقتصر على الديانة وإنما يمتد كذلك إلى المذهب ، بل والطائفة . ومن الواضح فى هذه الحالة الاخيرة أن الإعتداد بالتغيير لا يلعب أى دور فى حماية حرية العقيدة وانمـــا يقتصر أثره على فتح الباب أمام التحايل على القانون .

المطلب الثانى

موقف المشرع

٣٩ — نصت المادة السادسة من القانون ٤٦٢ فى سنه ١٩٥٥ على أنه «لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفـــة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفيه إلى أخرى أثناء سير الدعوى الا إذا كان التغيير إلى الإسلام ، فتطبق الفقرة الاولى من المادة السادسه من هذا القانون » . والفقرة المشار اليها فى هذا الصدد هى التى تقضى بتطبيق الشريعه الإسلاميه .

ويتضح من هذا النص أن المشرع يفرق بين التغيير إلى غير الإسلام وبين التغيير إلى الإسلام .

١ — التغيير إلى غير الاسلام

حكم التغيير :

٤٠ — إذا كان التغيير إلى غير الإسلام فيختلف حكمه بحسب ما إذا كان قد تم قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها . أما فيما يتعلق بالتغيير قبل رفع الدعوى فهذا التغيير ينتج أثره فى تحديد القانون الواجب التطبيق . ويستوى فى ذلك أن يتعلق التغيير بالديانة أو الملة أو الطائفة . فرغم أن المشرع يتكلم عن تغيير الطائفة

أو الملة إلا أن الحكم ذاته ينطبق فى حالة تغيير الديانة . وعلى هــذا النحو فإذا كان الطرفان متحدى الديانة والملة والطائفة ثم غير أحدهما ديانته أو ملته أو طائفته قبل رفع الدعوى فإن هذا التغيير يترتب عليه زوال ولاية الشريعة الخاصة للطرفين وثبوت الولاية للشريعة الإسلامية . وعلى العكس من ذلك إذا كان الطرفان مختلفى الديانة أو الطائفة أو الملة ثم غير أحدهما ديانته أو ملته أو طائفته بما يؤدى إلى وحدة الطرفين فى الديانة والملة والطائفة فإن مثل هـذا التغيير يترتب عليه زوال ولاية الشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية وثبوت الولاية الشريعة الخاصة للطرفين .

على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا كان التغيير إلى غير الاسلام ينتج أثره فى إثبات الولاية للشريعة الإسلامية فإن الأمر يدق فى حالة ما إذا ماكان التغيير لا إلى ديانة سماوية وإنما إلى الإلحاد . وقد عرضت المسألة بالفعل أمام القضاء عندما رفعت زوجة دعوى تطلب فيها التطليق من زوجها الذى كانت تخضع لذات ديانته وملته وطائفته عند الزواج استناداً إلى أنها قد أعتنقت الديانة الفرعونية فأصبحت ملحدة ومن ثم من غير ديانة زوجها على نحو تثبت معه الولاية للشريعة الإسلامية . وقد رفضت المحكمة إجابتها إلى طلبها تأسيساً على أن الالحاد ليس بديانة تعترف بها الدولة ، على نحو يظل معه الملحد ـ برغم الحاده ـ على ديانته الأصلية من وجهة نظر القانون وحتى يعتنق ديانة سماوية معينة ، وتثبت معه الولاية لشريعة الديانة التى كان يتبعها الطرفان (١) .

ولكن الفقه قد عارض القضاء السابق إستناداً إلى فكرة حرية العقيدة من

---

(١) القاهرة الابتدائية ، ١٣/٥/١٩٥٨ ، خفاجى وجمعه، قضاء الأحوال الشخصية، ص ١٨٧ بند ١).

ناحية ، وإلى أن أثر الاعتداد بحرية العقيدة فى هذه الحالة هو فى النهاية إهمال الشريعة الاسلامية وليس إعمال شريعة تقوم على الالحاد (١) .

ويبدو أن الحجة الأولى فى غير محلها . فحرية العقيدة فى مصر تتحدد وفقاً لما تسمح به الشريعة الاسلامية . ذلك أن الدستور - يعتبر الاسلام دين الدولة الرسمى ، وأن إعتبار الاسلام كذلك يجعل منه محور النظام العام فى مصر فيما يتعلق بشئون العقيدة . ومن المعروف أن الاسلام لا يقر حرية العقيدة إلا فى حدود الأديان السماوية . أما الحجة الثانية فتبدو لنا حجة صائبة . ذلك أن عدم إقرار أثر الالحاد لا يمنع من قيامه بالفعل، على نحو لا يصبح معه شرط الإتحاد فى الديانة متحققاً . ويجب معه - تبعا لذلك إثبات الولاية للشريعة الإسلامية . يؤيد ذلك أن عدم إقرار الالحاد ذاته يرجع إلى حكم الشريعة الاسلامية التى يثبت لها المشرع الولاية فى مسألة حرية العقيدة .

٤١ - أما فيما يتعلق بالتغيير بعد رفع الدعوى فقد جعله المشرع عديم الأثر بمعنى أنه لا يترتب عليه أى أثر فى نقل الولاية من الشريعة التى كانت ثابتة لها إلى الشريعة التى يقتضى منطق التغيير إعمالها . فإذا ما كان الطرفان متحدى الديانة والطائفة والملة حتى رفع الدعوى ثم قام أحدهما بعد رفعها بتغيير ديانته أو ملته أو طائفته فإن الولاية تظل ثابته للشريعة الخاصة التى كانت ثابتة لها ولا تنتقل إلى الشريعة الاسلامية إعمالا لهذا التغيير . وعلى العكس من ذلك فإذا كان للطرفان مختلفى الديانة أو الملة أو الطائفة ثم غير أحدهما من ديانته أو ملته أو طائفته بما يؤدى الى اتحادهما فى كل ذلك فإن الولاية تظل ثابتة للشريعة الاسلامية ولا

---

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ هـ ١ . وأنظر الأحكام المشار اليها فيه ؛ قارن : حسام الأهوانى ، المقال السابق ، ص ٤٨ .

تنتقل بمقتضى هذا التغيير إلى الشريعة الخاصة التى كان الاتحاد المذكور يؤدى إلى إثبات الولاية لها .

٤٢ – ومن الواضح أن ما أخذ به المشرع فى حالة التغيير بعد رفع الدعوى من عدم الاعتداد بهذا التغيير ليس مرجعه اقرار فكرة الحقوق المكتسبة السابق الاشارة اليها ، وإلا لكان المشرع قد انتهى الى عدم الاعتداد بكل تغيير لاحق على انشاء الزواج، وانما مرجعه البحث عن معيار واضح ومنضبط لتحديد المرحلة التى يعتد فيها باتحاد الملة أو الطائفة [١]. ولا شك أن الاعتداد بتاريخ رفع الدعوى يحقق هذه الغاية على أكمل وجه . ذلك أن الدعوى تعتبر مرفوعة وفقاً لأحكام قانون المرافعات من لحظة اعلان قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور للخصم، على نحو يمكن معه أن يتحدد بدقة وقت الاعتداد بالتغيير [٢].

ويترتب على النظر الى القيد الذى وضعه الشرع على انتاج التغيير أثره على هذا النحو السابق ، ضرورة التسليم بأن عدم الاعتداد بالتغيير الحادث أثناء سير الدعوى انما يقتصر على الدعوى التى حدث فى أثناء سيرها دون أن يمتد الى دعوى أخرى ترفع بعد تمامه . فما دام الأمر يتعلق بمجرد قيد اجرائى ولا يمس موقف المشرع من التغيير ذاته ؛ من حيث الاعتداد به دون البحث فى الباعث عليه، وما إذا كان الإيمان الحقيقى أو مجرد التحايل على القانون ، فإن التغيير الحاصل أثناء رفع الدعوى يظل تغييراً قانونياً مرتباً لآثاره فى أى دعوة أخرى تقام بين الطرفين [٣] .

---

(١) حسام الدين كامل الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٨٥ .

(٢) أنظر فى معنى رفع الدعوى : ايهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٣) فى هذا المعنى ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ وما بعدها .

وقد أيدت محكمة النقض صراحة هذا التفسير برفضها فكرة الدعاوى المرتبطه كأداة للحد من التحايل على القانون . فقد ترفع الزوجة على زوجها دعوى تطالبه بالنفقه مثلا ، فيغير الزوج ديانته أو ملته أو طائفته أثناء سير الدعوى ، فلا تعتد المحكمة بالتغيير وتقضى لها بالنفقة وفقاً للشريعة الخاصة التى تخضع لها العلاقة أصلا . ولكن الزوج قد يبادر بعد ذلك إلى رفع دعوى جديدة على زوجته يطالب فيها بالتطليق وإسقاط النفقة . وفى مثل هذا الفرض إذا ما أخذنا فى الإعتبار أن الدعوى الأخيرة مرتبطة بالدعوى الأولى لتفرغها عن نزاع واحد فإننا ننتهى حتما إلى إعتبار الدعوتين بمثابة دعوى واحدة بما يؤدى إلى عدم الإعتداد بالتغيير حتى فى الدعوى الأخيرة . غير أنه لما كان المشرع يتكلم فى المادة السادسة من القانون عن التغيير أثناء رفع الدعوى وليس عن التغيير أثناء النزاع ، فإنه لا يمكن النظر إلى النزاع فى جملته واعتباره وحدة واحدة، وإنما يتعين الإعتداد بكل دعوى على حدة بما يؤدى إلى عدم الإعتداد بالتغيير فى الدعوى الأولى والإعتداد به فى الدعوى الأخيرة . وعلى هذا النحو قضت محكمة النقض[1] « بأن الشارع أراد أن يتخذ من سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها — وهو وصف ظاهر منضبط — بدلا من مجرد قيام النزاع، نظاما يتحدد به الإختصاص والقانون الواجب التطبيق » .

وعلى هذا النحو أيضا فالتغيير برغم حدوثه بعد رفع الدعوى يمكن أن ينتج أثره فى حل النزاع فى النهاية رغم القيد السابق، وذلك إذا ما أحتج به فى دعوى جديدة .

كيفية التغيير والغش نحو القانون

٤٣ — ومن الواضح أن أحكام القانون فيما يتعلق بالتغير إلى غير الإسلام لا تتعارض فى جوهرها مع ماذهبت إلية محكمة النقض قبل صدور القانون من إقرار

(١) نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، ١٩٦٦ ، ص ١٧٩ .

النتائج المنطقية للتغيير إنبعاثا من كون حرية العقيدة من النظام العام ، ومن أن الإعتقاد أمر نفسى بحت يؤدى الخوض فيه إلى إهدار هذه الحرية. فالتغيير يرتب أثره فيما يبدو على الأقل من ظاهر النصوص- حتى ولو كان هناك غش نحو القانون. وعلى هذا النحو فالحلول التى أخذ بها المشرع يكون من شأنها أن تفتح الباب على مصراعيه أمام الغش نحو القانون. حقا أن المشرع قد استحدث فى هذا الصدد الحكم الخاص بعدم الإعتداد بكل تغيير يحدث بعد رفع الدعوى. ولكن هذا القيد كما قدمنا قيد إجرائى بحت لا يقصد به منع التحايل على القانون بقدر ما يقصد به وضع معيار واضح من ضبط لتحديد التاريخ الذى يعتد فيه بتغيير الديانة أو الملة أو الطائفة.

وعلى هذا النحو فقد اضطرد قضاء النقض حتى بعد صدور القانون على أن الإعتقاد الدينى أمر نفسى لا يجوز للقاضى أن يبحث فى جديته أو بواعثه ، وأن للشخص أو يغير دينه أو مذهبه أو طائفته دون رقابة من القضاء فى هذا الصدد إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية لإعتناق هذا الدين أو المذهب أو الطائفة(١).

على أن التساؤل لا يلبث أن يثور بعد ذلك عما إذا كانت الأحكام التى أتى بها المشرع فى هذا الصدد قد واجهت بالفعل مشكلة الغش نحو القانون. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المادة السابعة من القانون قد أقامت قرينتان قاطعتان : الأولى : أن التغيير إذا تم قبل رفع الدعوى مطلقا ، . . . إنما يتم بحسن نية ولا يبيح لأحد أن يثبت العكس ، والثانيه : أن التغيير إذا تم اثناء سير الدعوى وكان

(١) ايهاب اسماعيل ، أصول الأحكام الشخصية ، ص ٢٠٨ نقض أحوال شخصية ، ١٩٦٥/٤/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى ، سنه ١٦ ، ص٤٠٦ ، نقض ١٩٦٦/١/١٩ ، المجموعة السابقة ، س ١٧ ص ١٧٤ ، نقض ١٩٦٩/٥/١٧ المجموعة السابقة ، س ٢٠ ، ص ١٠٥١ ، نقض ١٩٦٩/١/٢٩ المجموعة السابقة ، س ٢٠ ، ص ١٨٧ ، نقض ١٩٧٠/١/١٤ ، المجموعة السابقة ، س ٢١ ، ص ٩٦ .

فى الملة أو الطائفة أو إلى غير الديانة الإسلامية فإنما يتم بنية الغش ويجب عدم الإعتداد به ولا يجوز لأحد أن يثبت عكس ذلك» (١). ويبين من هذا القول أن أنصاره يعتقدون أن المشرع قد فصل فى مسألة الغش نحو القانون، فاعتبر التغيير السابق على رفع الدعوى دائما بحسن نية، واعتبر التغيير بعد رفعها دائما بسوء نية، مستخدما فى ذلك القرينة القانونية القاطعة كأسلوب من أساليب الصياغة.

وعلى العكس من ذلك فقد ذهب البعض الآخر (٢) إلى أن المشرع قد اقتصر فى المادة السابعة من القانون على وضع معيار لتحديد القانون الواجب التطبيق دون أن يتعرض لمشكلة الغش نحو القانون. ذلك أن المادة المذكورة نفسها «تفتح الباب على مصراعيه أمام التحايل على القانون. فالتعرض للتحايل يكون بالقضاء عليه وليس بإتاحته على أوسع نطاق ممكن». والواقع أنه لا يمكن القول بأن المشرع قد وضع قرينة قاطعة على حسن النية فى حالة التغيير قبل رفع الدعوى، وأخرى على سوء النية فى حالة التغيير بعد رفعها. ذلك أن القرينة القانونية «تقوم على حمل الأمر المشكوك فيه محل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه» وليس الغالب فى العمل — على نحو ما تدل عليه حالات التغيير فى الفترة السابقة على صدور القانون — هو أن يكون التغيير قبل رفع الدعوى بحسن نية وإنما الغالب أن يكون التغيير لمجرد التحايل على القانون وتمهيدا لرفع الدعوى بعد ذلك. ولذلك فعدم الإعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر فى ظل المادة السابعة من القانون، لا يجد مصدره فى نص المادة ذاتها بقدر ما يجده فى «قضاء محكمة النقض المستقر قبل صدور القانون وبعد صدوره» (٣).

(١) احمد سلامه، الأحوال الشخصية للوطنين غير المسلمين والاجانب ١٩٦٢، ص ٢٩٥

(٢) حسام الدين الأهوانى، المقال السابق، ص ٤ ومابعدها.

(٣) حسام الأهوانى، المقال السابق، ص ٧.

٤٤ - على أن الواقع أن محكمة النقض المصرية لم تقف مكتوفة اليدين رغم ذلك أمام إتساع ظاهرة الغش نحو القانون فقد استطاعت هذه المحكمة أن تحد إلى حد كبير من هذه الظاهرة عن طريق المبادىء التى وضعتها فيما يتعلق بكيفية تمام تغيير الديانة أو الملة أو الطائفة . وتدور هذه المبادىء حول إقرار حق الكنيسة ذاتها فى البحث عما إذا كان الانضمام إلى الديانة أو الملة أو الطائفة الجديدة مقصودا لذاته أو كمجرد وسيلة للتحايل على القانون .

فقد رفضت محكمة النقض القول بأن تغيير الديانة أو الملة أو الطائفة عمل إرادى محض من جانب راغب التغيير ، وانتهت إلى أن « تغيير الطائفة أو الملة عمل إرادى من جانب الجهة الدينية المختصة ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وإبداء الرغبة ولكن بعد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية وقبول طلب الانضمام إلى الطائفة أو الملة الجديدة » [1] . وبذلك خولت المحكمة للكنيسة سلطة رفض التغيير متى تراءى لها عدم توافر شروط الإنضمام إلى الملة أو الطائفة التى تقوم عليها ، ورتبت على ذلك إعتبار الرغبة فى التغيير عند رفضها غير التغيير لهذا التغيير ومن ثم غير ذى أثر فى تعيين الشريعة الواجبة التطبيق [2].

كذلك فقد أقرت محكمة النقض « إنه وإن كان من المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن تغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة إلا إنه عمل إرادى من جانب الجهة الدينية المختصة ومن ثم فهو لا ينتج أثره بمجرد الطلب وإبداء الرغبة ولكن

---

(١) نقض أحوال شخصية ، ٣٠/٣/١٩٦٦ ، طعن رقم ٢٩ لسنة ٣٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٧٩ ، بند ١٠٦ .

(٢) والعبرة فى تاريخ التغيير ، بتاريخ الإنضمام إلى الكنيسة الجديدة لا بتاريخ تحرير الشهادة الدالة على ذلك والتصديق عليها . نقض ١/٥/١٩٦٨ (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٦ ق) مجموعة المكتب الفنى س ١٩ ، ص ٨٩٥ ، بند ١٣١ .

بعد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ، وقبول طلب الإنضمام إلى الطائفه والملة الجديدة من مقتضاه أن للرئيس الديني للملة أو الطائفه التي يرغب الشخص في الإنتماء إليها أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمه ... ، [١] وبذلك أقرت المحكمه صراحة سلطة الكنيسه في البحث عن الباعث الدافع إلى التغيير وحقها في رفضه كلما كان القصد منه هو التحايل على القانون .

وأخيرا فقد أقرت محكمه النقض سلطه الكنيسه في سحب قرارها بقبول الإنضمام إلى الطائفه التي تقوم عليها متى تبين لها من بعد أن هذا الإنضمام كان مبعثه مجرد التحايل على القانون . وفي هذا الصدد تقول المحكمه « أما النزاع الذي أثاره الزوج اعتمادا على الشهادة المؤرخه في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ والصادرة من كنيسه الأقباط الكاثوليك بأنه انضم للكنيسه الكاثوليكيه وأن ديانته قبطي أرثوذكس فهو محل نزاع غير جدي ذلك لما ثبت من الأوراق أن البطريركيه القبطيه الكاثوليكيه قررت في ٢٥ فبراير سنه ١٩٥٥ إعتبار إنضمام المدعى عليه للطائفه القبطيه الكاثوليكيه باطلا وكأن لم يكن من تاريخ إنضمامه اليها .. ومن حيث أنه يخلص مما تقدم أن المدعى عليه لم ينتقل إلى المذهب الكاثوليكي فإن تغييراً في مذهبه لم يحصل لأن إنضمامه إلى الكنيسه الكاثوليكيه اعتبر كأن لم يكن أو بالتالي فإن الإختصاص ينعقد للمجلس الملي للاقباط الأرثوذكس [٢] .

ومن الواضح أن محكمه النقض بقضائها السابق إنما تفرق بين سلطه القضاء

---

١) نقض أحوال شخصية ، ١٩٧٢/٥/١٧ (حكم غير منشورة اشار اليه حسام الأهواني في المقال السابق ، ص ٩٩)

٢) الجمعية العمومية لمحكمة النقض ، ١٩٥٦/٦/١٢ ، مجموعة أحكام المكتب الفني ، س ٧ ، ص ٤٧١ .

وسلطه الكنيسه فى البحث عن النوايا. فالقضاء لا يملك هذا البحث. وفى هذا الصدد يعتبر قضاء محكمة النقض إستمرارا لقضائها السابق. والكنيسه على العكس من ذلك تملك البحث فى النوايا وهذا هو وجه التجديد فى قضا محكمه النقض .

وبعبارة أخرى فمبدأ حريه العقيدة يوجه خطابه إلى سلطات الدولة وليس إلى السلطات الدينية . ومن الواضح أن مرجع هذا الاختلاف أن رجل الدين المسيحى يتمتع وفقاً للديانة المسيحيه ذاتها بمثل هذا السلطان على نحو لا تكون معه هذه السلطه منافيه لحريه الانضمام للديانه المسيحيه ، إذ أن هذا الانضمام يفترض إتباع القواعد التى تقضى بها هذه الديانه .

٢ - التغيير إلى الاسلام

حكم التغيير :

٤٥ — أما إذا كان التغيير إلى الإسلام ، فهو ينتج أثره فى تحديد الشريعه الواجبه التطبيق — وهى الشريعه الإسلاميه — فى جميع الأحوال ، وسواء تم قبل رفع الدعوى أو تم بعد رفعها . ومن الواضح أن التفرقه بين التغيير إلى الإسلام والتغيير إلى غيره على على هذا النحو لا تجد مبرراً واضحاً لها. فاذا كان المشرع يعتد دائما بالتغيير إلى الإسلام سواء قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها ، تأكيداً لحرية العقيدة التى تعتبر من النظام العام، فقد كان يجب أن يمتد حكمه فى ذلك إلى الأديان الاخرى . ذلك أن الفكرة التى يحميها النظام العام ، وهى فكرة حرية العقيدة فى الحدود التى تقرها الشريعة الإسلامية على نحو ماسبق أن أوضحناه — لا تحتمل هذه المغايرة. فكل ما تعرضه حدود حرية العقيدة فى الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد — على نحو ماسوف نشير إليه — هو عدم خضوع المسلم لشريعة غير المسلم . وليس فى التسوية بين التغيير إلى الإسلام والتغيير إلى غيره من الأديان بهذا المفهوم ما يمس المبدأ المذكور .

ومع ذلك فيمكن النظر إلى المسألة من زاوية أخرى هى زاوية القيد الذى وضعه المشرع حل الإعتداد بالتغيير إلى غير الإسلام. ومن هذه الزاوية يمكن القول بأن هذا القيد قيد إجرائى محض أريد به وضع معيار واضح ومنضبط لتحديد المرحلة التى يعتد فيها بإتحاد الديانة أو الملة أو الطائفة ، كما سبق أن أشرنا إليه . ولذلك فمثل هذا القيد لا يمس فى الواقع حرية العقيدة من بعيد أو قريب ، على نحو يمكن معه إعماله بالنسبة لكل تغيير دون أن يكون هناك مساس بحرية العقيدة .

غير أن البعض [1] يلاحظ أن الإعتداد بالتغيير إلى الإسلام حتى ولو كان قد تم بعد رفع الدعوى يبرره أن الإسلام هو الدين الرسمى للدولة ، بما يؤدى إلى الاعتداد بالانتماء إليه ، سواء كان قبل رفع الدعوى أو بعدها . وهذا التبرير إن كان يتضمن جانبا من الحقيقة إلا أنه يحتاج فى الواقع إلى تفسير أبعد . وذلك أن الاعتداد بالتغيير الى الاسلام دائما لتطبيق الشريعة الاسلامية - حتى ولو كان بعد رفع الدعوى - مرد فى الواقع الى فكرة النظام العام فى مسائل الاحوال الشخصية . فهذه الفكرة تستمد مفهومها الأساسى من أحكام الاسلام دين الدولة الرسمى . ووفقاً للأحكام المذكورة لا يجوز أن يخضع المسلم لشريعة غير المسلم . فاذا ماقلنا بعدم الاعتداد بالتغيير الى الاسلام الحادث بعد رفع الدعوى ترتب على ذلك خضوع مسلم لغير الشريعة الاسلامية ، وهذا ما لا يقره النظام العام المستمد كما قلنا من أحكام الاسلام فى مسائل الأحوال الشخصية [2] .

كيفية التغيير وزواج المرتد

٤٦ - والتغيير الى الاسلام خلافا للتغيير الى المسيحية يتم بمجرد الرغبة فى

(١) إيهاب إسماعيل ، أصول الأحكام الشخصية ، ص ٢٠٨ .

(٢) فى هذا المعنى حسام الدين كامل الإهوانى ، المرجع السابق ، ص ٩٠ ؛ حسين توفيق رضا : الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، ١٩٦٨ ؛ ٤٤ ومابعدها .

إعتناق الإسلام ، أيا ما كانت المظاهر الخارجية التى يستشف منها ذلك بصفة عامة وأساس ذلك هو تطبيق أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة استناداً إلى ما تقرره لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تحيل إلى هذه الأقوال فى شأن مسائل الأحوال الشخصية كلما إنعدمت القواعد الخاصة فى القانون الوضعى [١] .

والأصل أن يتخذ إعتناق الإسلام مظهر النطق بالشهادتين [٢] غير أن محكمة النقض قد أيدت حكما لمحكمة الإستئناف أقام قضاءه باسلام الطاعن وإسناده إلى تاريخ زواجه بمسلمة ، على ما جاء فى وثيقة الزواج من خلوه من الموانع الشرعية والقانونية ومنها أن يكون الزوج مسيحيا والزوجة مسلمة ورتبت على ذلك أنه من هذا التاريخ ومن بدء إقرار والد الطاعن بخلوه من الموانع الشرعية يعتبر أنه مسلم وأنه نطق بالشهادتين وهو استخلاص موضوعى سائغ لدلالة الإقرار يستقل به قاضى الموضوع . . . » [٣]. وبذلك فالمحكمة تحل الإقرار الضمنى بالإسلام دينا محل الاقرار الصريح المتمثل فى النطق العلنى بالشادتين . كذلك فاعتناق الإسلام يمكن أن يكون إعمالا لمبدأ تبعية الابن لأبيه المسلم فى الديانه . وقد أعملت محكمة النقض هذه القاعدة عندما اعترض شخص على إعتباره مسلما بحجة أن إتباعة لأبيه الذى إعتنق الإسلام يعتبر ضربا من الخيال خصوصا أنه بلغ سن الحلم وإنقطعت تبعيته له ، فقضت بأنه إذا أدعى الصبى بلوغ سن الحلم فى سن أقل من اثنى عشر سنه فلا يصدق فى دعواه وأن الصبى يسلم تبعا لاسلام أبيه إذا لم يبلغ سن الحلم [٤].

---

(١) نقض ٢٨/٢/١٩٤٤ (خاجى وجمعه ص ١٦٤ ، نقض ٣٠/٣/١٩٦٦ (طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق) مجموعة المكتب الفنى ، ص ٧٨٢ ، بند ١٠٥ .

(٢) المحكمة العليا الشرعية ، ٦/١١/١٩٤٥ ، (أشار اليه حسام الأهوانى فى مقالة السابق ، ص ١٢٤) .

(٣) نقض أحوال شخصية ١٩ يناير ١٩٦٦ ، سابق الاشارة اليه .

(٤) نقض ١٩/١/١٩٦٦ ، سابق الاشارة اليه .

والجوهرى فى هذا الصدد أن إعتناق الاسلام خلاف لاعتناق المسيحية لايخضع لموافقه أى جهه ولا يشترط اشهاره رسميا . وإذا كانت هناك إجراءات محددة يرسمها القانون لاشهار الاسلام فإن هذه الاجراءات تعتبر من قبيل إجراءات التوثيق وليست من قبيل إجراءات الدخول فى الإسلام. ولذلك فاتباعها لايكون له أثر سوى تسهيل عبء الاثبات. والخلاف بين الإسلام والمسيحية فى هذا الصدد يرجع إلى أن الدين الإسلامى لايعرف سلطة متماثلة لسلطة الكنيسة يخضع لها المسلم . وعلى هذا النحو فلا يمكن الحد من إعتناق الإسلام لمجرد التحايل على القانون، كما هو الحال فى إعتناق المسيحية ،عن طريق إعمال المبادىء التى تحكم اعتناق الإسلام . فالأمر يتعلق أولا وأخيراً برغبة الشخص وإرادته المحضة التى لاتخضع لأى شكل خاص فيما يتعلق بالتعبير عنها .

٤٧ - على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن أحكام الردة فى الإسلام من شأنها ان تحول إلى حد كبير دون إستخدام الدخول فى الإسلام سبيلا للتحايل على القانون والأصل أن من يرتد عن الإسلام يهدر دمه إعمالا لقول الرسول « من بدل دينه فاقتلوه إلا أن يتوب » . وإذا كان هذا الحكم لايطبق حرفيا فى الوقت الحاضر، فإن محكمة النقض المصرية تقر إعمال أثار المدنية من حيث عدم إقرار المرتد على ماله وما يترتب على ذلك من حرمانه من الميراث وحرمانه من الزواج أو فسخ زواجه تأسيساً على أن الزواج يعتمد الملة وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض[1] «ردة الرجل فرقة بغير طلاق (فسخ) . . وهى بالإجماع تحصل بنفس الردة وتثبت فى الحال وتقع بغير قضاء القاضى سواء كانت الزوجة مسلمة أم كتابية » .

---

(١) نقض ١٩٦٨/٥/٢٩ (طعن رقم ٢٥ لسنة ٣٧ ق) ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، ص ١٠٢٤ ، بند ١٥٤ .

وأنظر كذلك : نقض ١٩٦٥/٤/٢١ ، المجموعة السابقة ، س ١٦ ، ص ٤٩٦ ، بند ٨٠ .

بل ان محكمة النقض تذهب فى هذا الصدد الى إعمال احكام الحسبة فى الإسلام. ولا شك ان دعوى الحسبة تكفل قدرا كبيرا من الفاعلية لتطبيق أحكام الردة المذكورة . وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض (١) أن « الحسبة هى فعل ما يحتسب عند الله وفى اصطلاح الفقهاء أمر بمعروف اذا ظهر تركه ونهى عن المنكر اذا ظهر فعله وهى من فروض الكفايه وتصدر عن ولاية شرعية أصلية — أو مستمدة — أضفاها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم الى القاضى بالدعوى أو الشهادة لديه أو باستعداء الى المحتسب أو الى المظالم « تبليغ النيابة العامة » ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق الله أو فيما كان حق الله فيه غالبا كالدعوى باثبات الطلاق البائن والتفريق بين زوجين زواجهما فاسد . . . » ، وأن « الحق والدعوى به فى مسائل الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية تحكمه نصوص اللائحة الشرعية وأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وما وردت بشأنه قواعد خاصة فى قوانينها » .

ولاشك أن فداحة الأثر الذى يرتبه الارتداد عن الاسلام على هذا النحو من شأنه أن يجبر غير المسلم الذى يريد إعتناق الاسلام بمجرد تحقيق أثر قانونى معين ثم الرجوع من بعد الى ديانته الأولى على التروى قبل الاقدام على هذا الأمر الخطير .

---

(١) نقض أحوال شخصية ، ١٩٦٦/٣/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، العدد الثانى ، ص ٧٨٢ .

الباب الثانى

ولاية الشريعة الإسلامية

٤٨ — إذا كان المشرع يقر مبدأ تعدد الشرائع التى تحكم الزواج على النحو المتقدم فليس معنى ذلك أن نظام الزواج يخضع للقانون الشخصى المتمثل فى الشريعة الدينية للخصوم بصفة مطلقة . ذلك أن المشرع المصرى يجعل من ولايه الشريعة الإسلامية الأصل فى مسائل الأحوال الشخصية ويجعل من ولايه الشرائع الدينية الأخرى استثناء على هذا الأصل . ولذلك فتحديد القانون الواجب التطبيق فى نظام الزواج بالنسبة لغير المسلمين لا يكفى فيه تحديد الشرائع غير الإسلامية صاحبة الولاية وتحديد ما لهذه الشريعة من ولاية وإنما يلزم له كذلك تحديد ولايه الشريعة الإسلامية .

وتحديد هذه الولايه يستلزم تحديد مناط ثبوت الولايه للشريعة الإسلامية باعتبارها القانون الواجب التطبيق عند عدم ثبوت الولاية للشريعة غير الإسلامية، ثم تحديد كيفية إعمال هذه الولاية عند ثبوتها هذه الحالة .

الفصل الأول : مناط ولاية الشريعة الإسلامية .

الفصل الثانى : إعمال ولاية الشريعة الإسلامية .

الفصل الأول

مناط ولاية الشريعة الاسلامية

٤٩ — تثبت الولاية للشريعة أصلا كلما انتفت ولاية الشرائع غير الاسلامية لعدم توافر شروطها على النحو المتقدم. غير أن الولاية قد تكون ثابتة بحسب الأصل لشريعة من هذه الشرائع ومع ذلك يحول النظام العام دون إعمال القاعدة الواجبة التطبيق فيها ، فتثبت الولاية للشريعة الإسلامية بصفة احتياطية . وولاية الشريعة الإسلامية إذن أما ولاية أصلية وأما ولاية احتياطية .

المبحث الأول : الولاية الأصلية للشريعة الإسلامية .

المبحث الثانى : الولاية الاحتياطية للشريعة الإسلامية .

المبحث الأول

الولاية الأصلية للشريعة الاسلامية

٥٠ — رأينا أن الولاية تثبت للشرائع الدينية الطائفية المنبثقة عن الديانات السماوية — وهى المسيحية واليهودية — والتى كانت مطبقة فى مصر عن طريق جهة قضائية ملية معترف بها قانونا قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، كما رأينا أن ثبوت الولاية لهذه الشرائع منوط باتحاد الطرفين المتنازعين فى الديانة والملة والطائفة من ناحية ، وباستمرار هذا الاتحاد فى الديانة والملة والطائفة من ناحية أخرى ويترتب على عدم توافر ولاية الشرائع المذكورة -ابتداء أو انتهاء- ثبوت الولاية للشريعة الاسلامية .

المطلب الأول : الولاية الأصلية المبتدأة .

المطلب الثانى : الولاية الأصلية الطارئة .

المطلب الأول

الولاية الأصلية المبتدأة

٥١ — تثبت الولاية المبتدأة للشريعة الاسلامية أولا إذا لم يكن الطرفان تابعان لديانة سماوية ، كما إذا كانا ملحدين ومن الواضح أن الولاية تثبت للشريعة الاسلامية فى هذه الحالة لا باعتبارها القانون الشخصى للاطراف وإنما باعتبارها القانون العام فى مسائل الأحوال الشخصية ذلك أن المشرع المصرى لا يثبت الولاية للشرائع الشخصية إلا إذا كانت هذه الشرائع شرائع سماوية ، على نحو لا يكون هناك معه سوى شريعة واحدة قابلة للتطبيق هى الشريعة العامة . وبعبارة أخرى فليس هناك أى شريعة خاصة تنازع الشريعة الاسلامية فى حكم النزاع فى هذه الحالة .

٥٢ — وتثبت الولاية للشريعة الاسلامية كذلك إذا ما كان طرفا النزاع يتبعان ديانة سماوية ولكنهما كانا مختلفين فى الديانة أو فى الملة أو فى الطائفة على التفصيل المتقدم . وفى هذه الحالة يكون هناك أكثر من شريعة دينية غير إسلامية قابلة للتطبيق . ولكن المشرع المصرى يستبعد هذه الشرائع جميعاً ويعقد الولاية للشريعة الاسلامية ، على نحو يثور معه التساول عن الأساس الذى يبنى عليه إسناد الولاية للشريعة الاسلامية ، دون الشرائع غير الاسلامية .

وقد ذهب البعض إلى وجوب النظر إلى مشكلة الولاية القانونية على النزاع فى هذه الحالة على أنها مشكلة تنازع بين قوانين داخلية بالمعنى الدقيق هى القوانين الدينية لأطراف النزاع (١) . ولذلك فقد انتهى هذا الرأى إلى وجوب حلها عن طريق وضع قواعد اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٤ وما بعدها .

الدينية غير الاسلامية ، على غرار ما هو معمول به بالنسبة لتنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص ، وليس عن طريق اسناد الولاية للشريعة الاسلامية التى لا علاقة لها بالنزاع ؛ كأن يطبق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج شريعة الزوجين معا ، وتطبق على آثار الزواج شريعة الزوج وقت إنعقاد العقد ، ويطبق على التطليق قانون الزوج وقت رفع الدعوى، إلى غير ذلك من القواعد المنصوص عليها فى القانون المدنى . ولذلك بدت القاعدة التى وضعها المشرع المصرى فى هذا الصدد - والتى تعطى الولاية للشريعة الإسلامية . « من أغرب القواعد فى تنازع القوانين . فهى تقضى بأنه فى حالة التنازع بين شريعتين ، تستبعد الشريعتان معا ، وتطبق شريعة ثالثة لا علاقة لها بموضوع النزاع أو أطرافه لمجرد أنها شريعة العدد الغالب من السكان . ويشبه هذا الحكم ، القول بأنه إذا اختلف الزوجان الأجنبيان فى الجنسية استبعد قانون كل منهما وطبق القانون المصرى باعتباره القانون الوطنى . والحق أن وظيفة قواعد الإسناد هى حل التنازع بين الشرائع المتعددة باختيار الشريعة الواجبة التطبيق بين الشرائع المتنازعة وليس باستبعادها جميعا ، وهذه مسألة لا خلاف عليها » . (١)

وعلى العكس من ذلك تذهب أغلبية الفقه إلى النظر إلى مشكلة الولاية القانونية على النزاع فى الحالة المذكورة لا على ضوء فكرة التنازع بين الشرائع غير الإسلامية المرتبطة بالنزاع وإنما على ضوء مركز الشريعة الاسلامية من الشرائع المذكورة فى مصر . فالشريعة الإسلامية تعتبر فى مصر بمثابة القانون صاحب الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية . أما الشرائع الدينية الأخرى فولايتها ولاية خاصة تتحدد بهدف معين لا تتجاوزه . ولذلك فكلما تخلف الهدف الذى من أجله تثبت

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٥ ، هـ ١

الولاية للشرائع غير الإسلامية كان من الواجب إثبات الولاية للشريعة الإسلامية باعتبارها صاحبة الولاية العامة .

أما أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية ، فذلك ما يتفق تماما مع الأصول القانونية المعترف بها فى أغلبية الدول المتقدمة. ففى هذه الدول توجد قواعد موحدة لتنظيم علاقات الأحوال الشخصية بالنسبة لكافة المواطنين بصرف النظر عن دياناتهم . حقا قد يقال إن هذه القواعد [قواعد علمانية توجد فى صلب القانون المدنى بما ينتفى معه خضوع بعض المواطنين لشريعة دينية غير شريعتهم . ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد العلمانية تستمد مضمونها إلى حد كبير من الشريعة الدينية الغالبة فى الدولة ، بالرغم من إتخاذها الشكل العلمانى . فالمشرع الفرنسى مثلا ينظم مسائل الأحوال الشخصية فى صلب القانون المدنى . ولكن هذا المشرع قد تأثر إلى حد بعيد بقواعد الشريعة المسيحية فى هذا الصدد . وليس أدل على ذلك من أن مجموعة الأقباط الارثوذكس التى وضعها المجلس الملى فى مصر سنة ١٩٣٨ قد جاءت متأثرة إلى حد كبير بقواعد القانون المدنى الفرنسى، مما يكشف بجلاء عن الأصل الدينى لهذه القواعد الأخيرة.

وأما أن الشرائع الدينية غير الأسلامية لا تتمتع فى مصر إلا بولاية خاصة أو استثنائية ، فذلك ما يرجع إلى عدم التزام المشرع المصرى باعطاء الولاية لهذه الشرائع ، بمقتضى الأصول القانونية العامة فى التنظيم القانونى العالمى المعاصر. فقد رأينا أن هذه الأصول تجيز له تطبيق قانون موحد فى مسائل الأحوال الشخصية على كافة المواطنين حتى لو كان هذا القانون ذا أصل دينى ، إن لم تكن تحثه على ذلك .

والحق أن هذه الولاية الخاصة للشرائع الدينية الخاصة تجد مصدرها فى أحكام الشريعة الإسلامية ذاتها . فقد رأينا أن الشريعة الإسلامية تجيز للذميين الاحتكام

إلى شرائعهم فى مسائل الزواج وما يتصـــل به ، بما يترتب على ذلك من تطبيق شرائعهم فى هذا الشأن ، من باب التسامح الدينى . ومن ثم كان من المنطق ألا تطبق الشريعة الدينية الخاصة إلا إذا كانت هذه الشريعة شريعة الطرفين معا . فالمقصود فى هذا الصدد هو أن يطبق على الشخص شريعته الشخصية لا شريعة أخرى فإذا لم يكن ذلك ممكنا تعين تطبيق الشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية. والقول بغير ذلك معناه إمكان تطبيق الشريعة اليهودية مثلا على المسيحى أو تطبيق الشريعة المسيحية على اليهودى بغير سند من الأصول القانونية العامة، أو من الغاية من السماح بتطبيق الشرائع الدينية غير الاسلامية فى نظام تعتبر الشريعة الاسلامية فيه هى الشريعة العامة .

ولا شك لدينا أن هذا الاتجاه الأخير فى تفسير ولايه الشريعة الاسلامية هو الاتجاه الصحيح . غير أننا يجب مع ذلك أن نلاحظ أن الاختلاف فى الديانة أو الملة أو الطائفة لا يقابله دائما اختلاف فى الشريعة الشخصية لطرفى النزاع . فإذا كان الاختلاف فى الديانة يقابله دائما اختلاف جوهرى فى الشريعة الشخصيه للطرفين ، فإن الاختلاف فى الملة ـ مع الاتحاد فى الديانة ـ لا يقابله دائما اختلاف جوهرى فى الشريعة الشخصية على نحو ما سوف نراه . وأما الاختلاف فى الطائفة فتقابله فى بعض الأحيان اختلافات غير جوهرية فى الشريعة الشخصية ولا تقابله فى بعض الأحيان الاخرى أية إختلافات فى هذه الشريعة على نحو ما سبق أن رأيناه بالنسبه للطوائف الكاثوليكية حيث أصبحت هذه الطوائف تخضع لشريعة واحدة . ولذلك فإن تحقيق مقصد الشريعة الاسلامية من إخضاع غير المسلمين لشرائعهم الخاصة كان يقتضى على الأقل إثبات الولايه لهـــذه الشرائع — دون الشريعة الاسلامية — رغم الاختلاف في الطائفة، وما دام قد تحقق الاتحاد في الديانة والملة .

ومن الواضح من دراستنا السابقة أن عدم سلوك المشرع فى سنة ١٩٥٥ هذا المسلك الذى نقول به يرجع فى الواقع إلى إعتبارات تاريخية ، حيث كان لكل طائفة قضاؤها الخاص وحيث كانت ولاية هذا القضاء قاصرة على الفصل فى المنازعات بين تابعيها .

المطلب الثانى

الولاية الاصلية الطارئة

٥٣ - رأينا فيما سبق الحدود التى يترتب فيها على تغيير الديانة أو الملة أو الطائفة، الخروج من ولاية الشريعة الأصلية والخضوع لولاية الشريعة التى يقتضيها هذا التغيير، ورأينا ان التغيير يؤدي الى الخضوع لولاية الشريعة الاسلامية كلما كان إلى الاسلام أو كان يترتب عليه الاختلاف فى الديانة أو الملة أو الطائفة وكان قبل رفع الدعوى[1] ، فتكون ولاية الشريعة الاسلامية ولاية طارئة . ولكن إعمال هذه الولاية إلى منتهاها تثير فى الفقه بعض المشاكل التى لاتعرفها الولاية الأصلية المبتـــدأة .

(١) يلاحظ أن الولاية تثبت للشريعة الإسلامية فى مسائل الأحوال الشخصية التى يوجد بشأنها قانون موحد. وفى ذلك تختلف نطاق ولاية الشريعة الاسلامية عن نطاق ولاية الشرائع غير الاسلامية . فقد سبق أن رأينا أن ولاية الشرائع غير الإسلامية تكاد تقتصر على المسائل المتعلقة بنظام الزواج دون أن تتجاوزها إلى غيرها من مسائل الأحوال الشخصية . أما ولاية الشريعه الاسلامية فتمتد فى الواقع إلى جميع مسائل الأحوال الشخصيه .

فقد ذهب البعض[1] إلى أن التغيير إذا كان يؤدى إلى حق الطرف الذى أتاه فى ممارسة كافة الحقوق التى يخولها له دينه الجديد أو مذهبه أو طائفته، إلا أن ذلك لاينبغى أن يمس بحقوق الطرف الآخر - الناشئة عن الشريعة التى نشأت العلاقة فى ظلها، مادامت لا تتعارض مع تلك الناشئة عن الدين أو المذهب أو الطائفة الجديدة. فاذا أسلم الزوج مثلا كان له أن يعدد زوجاته وأن يطلق اعمالا لما تخوله الشريعة الاسلامية من حقوق . ولكن ذلك يجب ألا يمس حق الزوجة مثلا فى الاحتفاظ بالنفقة التى تخولها لها الشريعة التى نشأ فى ظلها الزواج لعدم تعارض ذلك مع الحقوق التى تخولها الشريعة الاسلامية وامتداداً لذلك يمكن القول بأن الزوجه التى لاتجيز لها شريعتها الزواج بمسلم يكون لها فى هذه الحالة أن تطلب التطليق.

والواقع - كما قدمنا - أنه لا يمكن فى صدد الزواج القول بوجود حقوق مكتسبة لأحد الزوجين أو الآخر . فالأمر لا يتعلق بتنظيم عقدى للعلاقة على نحو يمكن معه الاحتجاج بالحقوق الشخصية الناشئة عن هذا التنظيم ، وانما بتنظيم قانونى موضوعى . ولذلك فيكون لكل من الزوجين من الحقوق ما يثبته له هذا التنظيم ولا يكون له غيرها. ولما كان هذا التنظيم يعتد بالتغيير ويرتب عليه أثره فى تحديد القانون الواجب التطبيق ، فإن حقوق كل من الطرفين تتحدد وفقا للقانون الذى

= على أنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين ولاية الشريعة الإسلامية فيما تم توحيده من مسائل الأحوال الشخصيه بمقتضى تشريعات خاصة وبين مالم يتم توحيده منها . ففيما يتعلق بما تم توحيده من مسائل تعتبر الشريعة بمثابة مصدر تكميلى أو تفسيرى يرجع اليه عند انعدام النص أو غموضه ، بجانب كونها مصدراً تاريخيا أما فيما يتعلق بما لم يتم توحيده من مسائل فتعتبر الشريعة بمثابة مصدر كامل وشامل عندما تثبت لها الولاية من حيث الأشخاص على النحو المتقدم ذكره .

(١) أنظر : حلمى بطرس ، المرجع السابق ، ص ٥٢ وما بعدها .

تثبت له الولايه بمقتضى هـذا التغيير . وحده . ولذلك فلا يثبت للزوجة فى المثال السابق إلا ماتثبته لهـــا الشريعة الاسلامية من حقـــوق . وإذا كان يجوز لها أن تطلب التطليق ، فإن ذلك لا يتصور أن يكون إعمالا لمقتضى أحكام شريعتها غير الاسلامية ، وإنما إعمالا لأحكام الشريعة الاسلامية ذاتها وفى حدود هذه الأحكام وحدها ، كما لو توافرت مثلا شروط التطليق للضرر(١) .

٥٤ — وإذا كان التغيير على النحو السابق يترتب عليه الخروج نهائيا من نطاق ولاية للشريعـــة الخاصة صاحبة الولاية ابتداء والدخول فى نطاق ولاية الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة ، بما يترتب على ذلك من عدم امكان التمسك بما تخوله الشريعة الأولى من حقوق أو بما تفرضه من التزامات ، وامكان التمسك بما تفرضه الشريعة الثانية من حقوق والتزامات ، فإن التساؤل يثور عما إذا كان يمكن للطرف الباقى على ديانته أو ملته أو فى طائفته أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض عما يكون قد اصابه من ضرر نتيجة لتغيير الطرف الآخر ديانته أو ملته أو طائفته ومن ثم نتيجة لتغيير القانون الواجب التطبيق فإذا كان الزوج مثلا هو الذى قام بتغيير ديانته أو ملته أو طائفته فأصبح النزاع داخلا فى ولاية الشريعة الاسلامية وترتب على ذلك سقوط حق الزوجة فى النفقة التى كانت تثبت لها بمقتضى الشريعة الخاصة صاحبة الولاية ابتداء ، فهل يجوز للزوجة أن تطالب بالتعويض عما أصابها من ضرور بسبب سقوط حقها فى النفقه ؟ نبادر إلى القول بأن مجرد التغيير ن ذاته لا يمكن أن يعتبر خطأ يمكن أن تستند إليه المسؤلية عن التعويض . ذلك أن المشرع يعتبر التغيير فى ذاته مشرعا فى جميع الأحوال

---

(١) فى هذا المعنى توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢١٨ وما بعده ،

على النحو المتقدم ويرتب عليه تغيير الشريعة الواجبة التطبيق مما لا يسوغ معه اعتبار التغيير فى ذاته خطأ مقيما للمسؤلية ومرتبا للالتزام بالتعويض [١] .
لذلك فكل ما يمكن البحث فيه فى هذا الصدد هو ما إذا كانت حرية تغيير الديانة أو الملة أو الطائفه يمكن أن يلحقها التعسف فى صورة أو أخرى من صوره إعمالا للقواعد العامه المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى .[٢]

يذهب البعض إلى عدم امكان تطبيق نظريه التعسف فى حالة تغيير الديانه أو المله أو الطائفه إستنادا إلى أن هذه النظريه لا تطبق إلا على الحقوق بالمعنى الدقيق وأن التغيير المذكور لا يعتبر استعمالا لحق وانما استعمالا لحريه أو رخصة [٣] .
ولكن يبدو لنا أنه ليس هناك سبب منطقى يبرر إعفاء الحريات بطريقه قبليه من نطاق نظريه التعسف إذا دعت الحاجه الى تطبيقها . ولا شك فى ان مثل هذة الحاجه متوفرة فى مجال حريه تغيير الديانه أو الملة أو الطائفه نظرا لأن مثل هذا التغيير كثيراً ما يكون تغييراً شكليا بقصد اسقاط حقوق الطرف الآخر دون أن يقابله تغيير حقيقى فى العقيده الدينية .

وقد يطعن على هذه النتيجه بأن اجراء التعسف على حريه التغيير يستلزم البحث فى النوايا التى أدت إلى تغيير العقيدة ، على نحو يؤدى إلى المساس بحريه العقيده تلك الحريه التى رفض قضاء محكمه النقض وقانون سنه ١٩٥٥ المساس بها برفض إعمال مبدأ الغش أو التحايل على القانون . غير أنه يبدو لنا أن البحث فى النوايا للحكم بالتعويض شىء والبحث فيها لتحديد عقيدة الشخص ومن ثم الشريعة الدينيه التى يخضع لها شىء آخر . فالبحث فى النوايا للتقرير بإنتماء الشخص

---

(١) فى هذا المعنى ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .
(٢) فى هذا المعنى : ايهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ ومابعدها .
(٣) أحمد سلامة ، الوسط فى الأحوال الشخصية ، ص ١٩٧ ومابعدها .

إلى عقيدة غير التى يعلنها أو لاخضاعه لشريعة هذه العقيدة الأخيرة قد يكون فيه بالفعل مساس بحرية العقيدة . أما البحث فى النوايا لتقرير الالتزام بالتعويض إذا ماثبت عدم مشروعية نوايا من يقوم بالتغيير - ومع اقرار حق هذا الأخير فى الاعتقاد وفى الخضوع للشريعة التى تقوم على هذا الاعتقاد - فلا يمكن أن يكون مساسا بحرية العقيدة (١)

كذلك فقد يطعن على النتيجـــة السابقة بأن البحث فى النوايا أمر يستعصى بطبيعته وأن ذلك هو ما دعى محكمة النقض ومن بعدها المشرع إلى رفض إعمال مبدأ التحايل على القانون . ولكن الواقع أنه من المسلم به أن القاضى يقوم بالبحث عن النوايا فى كثير من مجالات القانون . بل إن النوايا غير المشروعة قد تكون من الوضوح على نحو لا يستلزم استظهارها جهداً من القاضى ولا يمكن أن يؤدى إلى نتيجة غير مضمونة ، كما إذا كان الشخص مثلا قد غير عقيدته بين دعويين ثم أرتد مرة أخرى إلى عقيدته الأولى . ولذلك فلا يمكن القول بأن صعوبة البحث فى النوايا هى السبب فى عدم اعتداد قضاء النقض والمشرع من بعده بمبدأ التحايل على القـــانون . فهذا السبب يكمن فى الواقع فى الرغبة فى كفالة الحرية المطلقة فى مسائل العقيدة - فى الحدود التى تعمل فيها هذه الحرية وفقا للشريعة الإسلامية - بصرف النظر عن حقيقة النية ، لا فى صعوبة الكشف عن النية الحقيقية . ولذلك فلا يمكن الاستناد إلى صعوبة البحث عن النوايا الحقيقية لإستبعاد إعمال نظرية التعسف على الحرية فى تغيير الديانة ما دامت نتيجة هذا الإعمـــال تقف عند حد الالتزام بالتعويض دون أن تمتد إلى حق الشخص فى اعتناق العقيدة التى يختارهـــا وفى معاملته وفقا لقانون هذة العقيده .

---

(١) قارن : حسام الدين كامل الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٩١ وما بعدها .

٥٥ - وإذا كانت حرية التغيير يمكن أن تخضع على النحو المتقدم لرقابة التعسف ، فهل يخضع لهـذه الرقابة كذلك استعمال الحقوق والحريات التى تثبت للشخص بمقتضى الشريعة الإسلامية التى يؤدى التغيير إلى اثبات الولاية لها ؟ فإذا ما طلق الزوج الذى غـير عقيدته زوجته أو عدد زوجاته استعمالا لما تثبته له الشريعة الإسلامية ، فهل يمكن أن يخضع استعماله لرخصة الطلاق أو لرخصة تعديد الزوجات لرقابة التعسف ؟ وهل يمكن للزوجة فى مثل هذه الحالة أن تطالب الزوج بالتعويض عما أصابها من ضرر ، كما إذا كانت الزوجة المطلقة مثلا قد تركت عملها بسبب الزواج أو كان قد ترتب على زواجها قطع معاش لها أو كان الطلاق قد تم فى ظروف من شأنها أن تثير الشكوك حول سمعتها ؟

اختلفت الآراء فى الاجابة على هـذا التساؤل . فقد ذهب رأى [1] بصدد رخصة الطلاق إلى أنه حق مطلق للزوج المسلم لا يخضع للرقابة حتى ولو تمثلت هذه الرقابة فى مجرد رقابة التعسف بما قد تؤدى اليه من التزام بالتعويض . وعلى العكس من ذلك فقد ذهب رأى آخر [2] إلى أن الطلاق لم يشرع إلا للضرورة ، على نحو يمكن معه اخضاعه لرقابة التعسف بما تؤدى اليـه من التزام المطلق بالتعويض فى حالة تعسفه فى استعمال رخصة الطلاق .

ويبدو لنا أن الإجابة على هذا التساؤل يجب البحث عنهـا فى ضوء أحكام

---

(١) استئناف مختلط ٢٠/٦/١٩٢٢ ، الجازيت سنة ١٣ رقم ٩٩ ص ٥٥ (مشار اليه فى حسام الدين الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٩٨) .

(٢) أنظر الأحكام التى أشار اليها حسام الدين الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٩٩ .

الشريعة الاسلامية لا فى ضوء الأحكام العامة لنظرية التعسف الواردة فى القانون المدنى . ذلك أن الحقوق والحريات والرخص محل البحث تنشأ عن الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون الواجب التطبيق وليس عن القانون المدنى بمفهومه الوضعى المحدد . والأمر فى ذلك مخالف تماما له فى حالة البحث فى حرية تغيير الديانة أو الملة او الطائفة ذاتها وبصرف النظر عن الحقوق الناشئة بمقتضى هذا التغيير . ذلك أن حرية التغيير لاتثبت فى هذا الصدد بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية وانما بمقتضى نص تشريعى مدنى بالمعنى الضيق لهذه الكلمة ، على نحو يجب البحث معه عن مدى امكان الرقابة فى استعمال هذه الحرية فى المادة الخامسة من القانون المـــدنى .

والأمر ينحصر اذن فيما اذا كان حق ايقاع الطلاق فى الشريعة الاسلامية يقبل الخضوع لرقابة التعسف بمقتضى أحكام هذه الشريعة ذاتها وليس بمقتضى أحكام القانون المدنى .

واذا كان الأمر كذلك فهل يخضع الحق فى الطلاق لرقابة التعسف فى الشريعة الاسلامية ؟ تقتضى الاجابة على هذا التساؤل الثانى بحثاً دقيقا المسألة فى ضوء أحكام الشريعة الاسلامية . ومن الواضح أن مثل هذا البحث يقتضى جهداً يخرج بنا عن نطاق هذه الدراسة [1] .

على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن بعض الأضرار التى قد يطلب التعويض عنها على أساس التعسف قد لا تكون ناشئة عن استعمال رخصة ايقاع الطلاق فى ذاتها وانما عن خطأ مستقل عن عملية ايقاع الطلاق ونتائجها المباشرة ، كما اذا

---

(1) ويلاحظ فى هذا الصدد أن فى المسألة رأيان متعارضان فى الفقة الاسلامى .
أنظر فى هذا الصدد : محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقـــه الاسلامى ، الطبعة الأولى ، ص ٤٦ ، ومابعدها ، السعيد مصطفى السعيد حقوق الزوجية وماتتقيد به الشريعة الإسلامية والقانون المصرى الحديث » ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص ٢٢٩ ومابعدها .

صاحب ايقاع الطلاق التشهير بالزوجة تشهيرا أدى الى الاضرار بسمعتها . وفى هذه الحالة لاتخضع المطالبة بالتعويض لأحكام الشريعة الاسلامية وانما للأحكام العامة للمسئولية فى القانون المدنى .

المبحث الثانى

الولاية الاحتياطية للشريعة الاسلامية

٥٦ — إذا كان للشرائع الدينية غير الاسلامية ولاية خاصة فى الحدود السابق بيانها ، فإن إعمال هذة الشرائع فى الحدود المذكورة مقرون بعدم مخالفة أحكامها للنظام العام . وقد قررت ذلك صراحة المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنه ١٩٥٥ . وإذا كانت أحكام الشريعة غير الاسلاميه صاحبة الولاية على النزاع مخالفه للنظام العام كانت الشريعه الاسلاميه هى الواجبه التطبيق . مخالفه النظام العام إذن مانع من تطبيق الشرائع الدينيه غير الاسلاميه وسبب لتطبيق الشريعة الإسلامية ، بصدد المسألة التى تكون فيها أحكام الأولى مخالفة للنظام العام ودراسة هذه الموانع تقتضى تحديد وظيفة الولاية الإحتياطية ومفهوم النظام العام .

المطلب الأول : وظيفة الولاية الإحتياطية .

المطلب الثانى : مفهوم النظام العام .

المطلب الاول

وظيفة الولاية الاحتياطيه

٥٧ — استوحى المشرع فى هذا الصدد ما هو مستقر فى القانون الدولى الخاص من استبعاد القانون الواجب التطبيق فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى، وفقا

لقواعد الإسناد ، وتطبيق قانون القاضى، كلما كانت أحكام القانون الأجنبي تخالف النظام العام، على نحو مانصت عليه المادة ٢٨ من القانون المدنى بقولها « لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر » .

ولا شك أن إعتبار النظام العام الوطنى مانعا من تطبيق القانون الأجنبى صاحب الولاية بمقتضى قواعد الاسناد أمر مفهوم تمام الفهم . فاختلاف المناخ الاجتماعى والاقتصادى الذى نشأ فيه القانون الأجنبى عن المناخ الوطنى ، يجعل هناك محلا لاختلاف المبادىء الأساسية التى يقوم عليها كل من القانونين ، على نحو يمكن معه أن يكون إعمال القانون الأجنبى ماسا بالمصالح العليا للوطن أو بالشعور العام فيه . ولكن نقل الفكرة ذاتها من مجال العلاقة بين القوانين الأجنبيه والقانون الوطنى إلى مجال العلاقة بين القوانين الوطنية فيما بينها يبدو غريبا بغير شك . ذلك أن المفروض أن القوانين الوطنية قد نشأت فى البيئة الوطنية ذاتها على نحو يحول دون اختلاف المبادىء التى تقوم عليها إختلافا يجعل تطبيق أحكام بعضها ماسا بالمصالح العليا فى المجتمع أو الشعور العام فيه . هذا إلى أن الأمر يتعلق فى الواقع باستبعاد الشرائع الشخصية لطائفة من المواطنين ، تلك الشرائع التى تتناول أدق العلاقات على النحو الذى يبدو معه هذا الاستبعاد فى ذاته ماسا بمشاعر هؤلاء المواطنين .

٥٨ — غير أن هذه الغرابة تزول إذا مادققنا النظر فى خصوصية الشرائع الدينية التى يتم استبعادها باسم النظام العام المصرى على الرغم من كونها شرائع وطنية تكتسب الصفة الوضعية فى مصر . فهذه الشرائع - على الرغم من ذلك - لم تكن فى الواقع من وضع المشرع المصرى ، على نحو تكون معه هيمنته على وضعها متحققة كما هو الحال فى القوانين الوطنية ، وإنما اضطر المشرع المصرى إلى

اضفاء الصفة الوضعية عليها بصفة مؤقته ريثما يتيسرله مراجعتها والتنسيق بينها وبين المبادىء الأساسية للقانون المصرى ، تيسيراً على المواطنين . ومن ثم فوضع هذا المانع من تطبيق الشرائع غير الاسلامية كان من قبيل « الاحتياط للمفاجآت التى قد تحدث من تطبيق هذه الشرائع » .

حقا إن هذه الشرائع شرائع سماوية تجد أصولها فى الكتب السماوية المعترف بها . ولكن مصادر هـذه الشرائع لا تقتصر كما رأينا على ما جاء فى الكتب السماوية ذاتها ، وانما إلى المصادر الأخرى التكميلية التى تفتح المجال أمام وجود قواعد اخلاقية أو عرفية نشأت فى بيئات وظروف مختلفة ، على نحو يمكن معه أن توجد قواعد مخالفة ليس فقط للنظام العام فى مصر ، وإنما كذلك لما جاء بالكتب السماوية ذاتها . بل إن هيمنة الطوائف على وضع هذه الشرائع — وكثير منها زمام الأمر فيها كان للأجانب - قد أدى فى كثير من الأحيان إلى استمداد قواعدها مباشرة من القوانين الأجنبية ، أو حتى إلى استنادها إلى قرارات صادرة فى دول أجنبية ، مما يتيح الفرصة للتعارض مع النظام العام فى مصر ، تماما كما هو الحال فى تعارض القوانين الأجنبية مع هذا النظام . ويكفى أن نضرب مثلا لذلك بالإرادة الرسولية الخاصة بالكاثوليك والتى وضعها البابا فى روما . وعلى هذا النحو فرغم الفارق بين تطبيق القوانين الأجنبية وبين تطبيق القوانين الداخلية الدينية ، فهناك دائما فرصة لتعارض أحكام الشرائع الدينية المعترف بها فى مصر - فى وضعها الراهن - مع النظام العام .

المطلب الثانى

مفهوم النظام العام

٥٩ — وإذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل يثور حول تحديد مفهوم النظام العام

الذى يمكن أن تتعـــارض معه أحكام الشرائع الدينية غير الإسلامية .. وفى هذا الصدد يبرز مفهومان مختلفان ومتميزان للنظام العام : المفهوم الدينى والمفهوم العلمانى (١)

المفهوم الدينى :

٦٠ — أما المفهوم الدينى فهو مفهوم يرتبط بالطبع بالشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة . ونبادر فى هـذا الصدد إلى استبعاد القول بأن المفهوم الدينى للنظام العام ينصرف إلى أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالزواج برمتها . ذلك أن مثل هذا القول من شأنه أن يؤدى عملا إلى استبعاد تطبيق الشرائع الدينية من الأصل ، خلافا لما يقصد إليه المشرع . لذلك فالمفهوم الدينى النظام العـــام انما ينصرف إلى مفهوم هذه الفكرة فى الشريعة الإسلامية ذاتها .

وهذا المفهوم الأخير ينصرف إلى مجموعة القواعد الثابتة بدليل قطعى من القرآن أو السنة أو الاجماع . ولذلك فالنظام العام فى هذا المفهوم يتحدد على أساس من مصدر القواعد الشرعية ، ويتميز بالثبات والدوام ، كما يتميز بامكان تحديده مسبقا فى جميع الأحوال تبعا لذلك ، خلافا لما نعرفه فى النظام العام فى القانون العادى .

ويؤخذ على هذا المفهوم ـ فضلا عن أن ثبوت صفة النظام العام وفقاً له أمر مختلف فيه فى كثير من الأحيان ـ أن كثيرا من القواعد المتعلقة بالنظام العام بهذا المفهوم لا تلزم غير المسلم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ذاتها .

المفهوم العلمانى :

٦١ — وأما المفهوم العلمانى ، فهو مفهـــوم ينفصل تماما عن الشريعة

---

(١) اعتمدنا فى هذا الموضوع على البحث الشيق الذى قام به الزميل الدكتور حسام الدين الأهوانى فى مؤلفه السابق ، ص ١١٧ — ١٤٢ ، بالاضافة الى بحثه السابق الاشارة اليه المنشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصاد.

الإسلامية، ويرتبط بالمصالح العليا، السياسية والاقتصادية والاجتماعية، للمجتمع وحدها . (١) ولذلك ووفقا لهذا يجب البحث عن القواعد المخالفة للنظام العام فى ضوء فكرة عامة لهذا النظام تستمد من شعور المجتمع برمته وبكافة طوائفه الدينية دون الاقتصار على شعور طائفة بعينها . والنظام العام فى هذا المفهوم يجد أساسه فى موضوع القواعد ذاتها وليس فى مصدرها ، كما يتميز بالاختلاف فى الزمان والمكان ، من ناحية ، ويكون أمر تحديده متروك دائما لتقدير القاضى وفقا لظروف المجتمع ، كما هو الحال فى النظام العام فى القانون العادى.

ويؤخذ على هذا المفهوم أنه يتجاهل المركز المميز لأحكام الشريعة الإسلامية فى المجتمع المصرى .. فهناك من أحكام الشريعة الإسلامية ما أصبح وثيق الصله بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب شريعة طائفية عليها . (١) ومرجع ذلك بالطبع أن الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة على نحو تتداخل معه أحكامها بالضرورة فى تشكيل فكرة النظام العام فى مسائل الزواج .

المفهوم المختلط :

٦٢ — ولعله من الواضح أن التقييم السابق لكل من المفهوم الدينى والمفهوم العلمانى للنظام العام يوجه النظر إلى ضرورة الجمع بين كل من المفهومين ويشير إلى الحدود التى يمكن أن يلتقيا عندها ، على نحو ما انتهى إليه البعض مؤخرا (٢) . فالنظام يتمثل أولا فى قواعد الشريعة الاسلامية الأساسية التى ينصرف

---

(١) ايهاب اسماعيل ، المرجع السابق ص ١٥٢ وما بعدها

(٢) حسام الدين كامل الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ وما بعدها . قارن : عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص ٣٦٨ هـ (١) .

الخطاب فيها إلى المسلم وغير المسلم على السواء . ومن الواضح أن نطاق هذه القواعد أضيق بكثير من نطاق القواعد التى تدخل فى النظام العام بمفهومه الدينى المستمد من الشريعة الإسلامية . ومن أمثلة هذه القواعد تلك القاعدة التى تقضى بعدم جواز المساس بحق المسلم، وتلزم المسلم والذمى على السواء . وترتيبا على ذلك تعتبر القواعد الموجودة فى الشرائع المسيحية والتى تقرر انحلال زواج المسيحية التى يسلم زوجها مخالفة للنظام العام . فمن الواضح أن مثل هذا الانحلال يمس بحق المسلم الذى يجوز له أن يتزوج كتابيه . على أن ذلك لا ينفى حق الزوجة فى التطليق وفقا للشريعة الإسلامية ذاتها، إذا ، ما توافر التضرر ، على النحو الذى سبق أن رأيناه .

ومن أمثلة هذه القواعد كذلك القاعدة التى تقرر وجوب العدة من حيث المبدأ ـ بصرف النظر عن مدتها ـ حتى تعرف براءة الرحم من الحمل منعا لاختلاط الانساب . فهذه القاعدة على الرأى الراجح تلزم المسلم والكتابى على السواء وترتيبا على ذلك فالعدة تجب على غير المسلم حتى ولو كانت شريعته الخاصة لا توجبها ، كما هو الحال بالنسبة للكاثوليك .

ومن أمثلة ذلك أيضا القاعدة الإسلامية التى تقضى بعدم صحة زواج المرتد أو المرتدة عن الاسلام ، أيا كانت عقيدة الطرف الآخر فى الزواج . وترتيبا على ذلك ، فإذا ارتد مسلم إلى المسيحية أو اليهوديه مثلا وأصبح متحدا مع زوجته فى الديانة ، الملة والطائفة، فتطبق الشريعة الاسلامية التى تقضى بعدم إقرار الزوجين على زواجهما

وقد أثار تطبيق أحكام الردة فى هذا الصدد خلافا فى الفقه . فذهب البعض الى وجوب عدم تطبيقها والاعتداد بالشريعة الخاصة غير الاسلامية التى تنتمى إليها

الولاية بمقتضى الاتحاد فى الديانة والملة والطائفة استنادا إلى مبدأ حرية العقيدة[1] ولكن محكمة النقض رفضت السير فى هذا الاتجاه فى أحكامها المتواترة ، مفرقة بين حرية الاعتقاد والاثار القانونية التى تترتب عليها .[2]

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن التوفيق بين إعمال أحكام الردة ومبدأ حرية العقيدة لا يمكن أن يتحقق بالتفرقة بين حرية الاعتقاد والآثار التى تترتب على هذا الاعتقاد على نحو ما تذهب إليه محكمة النقض . ذلك لأن « اذا قلنا أن للشخص حرية أن يخرج عن الاسلام ومن خرج يعتبر مقتولا لا معنى لما خرج هذا الشخص أبدا ، فهو بخروجه يكون فى حكم الميت وتلك عقوبة قاسية تمنعه من الخروج تماما — كما نقول للقاتل لك حرية القتل ولكن لو قتلت فسوف تعدم . وفى تقديرنا لا يمكن أبدا الفصل بين حرية الاعتقاد والآثار التى تترتب على هذا الاعتقاد من الناحية القانونية لأنه متى أبيح للشخص أن يغير عقيدته وجب أن يستفيد من أحكام عقيدته الجديدة ».[3]

ويبدو لنا أن تطبيق أحكام الردة يتفق تماما مع المفهوم الذى تأخذه حرية العقيدة فى النظام القانونى المصرى . فقد سبق أن رأينا أن هذا المفهوم لابد أن يكون بالضرورة المفهوم الإسلامى باعتبار النظام القانون المصرى نظاما دينيا محوره الدين الاسلامى ، وأن المفهوم المذكور يضع لحرية العقدة إطارا محددا هو إطار الديانات السماوية ، ويورد عليها مبدأ أساسيا يتمثل فى عدم شرعية الارتداد

---

(١) أيهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ وما بعدها

(٢) نقض ١٩/١/١٩٦٦ ، نقض ٣٠/٣/١٩٦٦ ، سابق الاشارة اليه

(٣) أحمد سلامه ، مسائل فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير ١٩٦٨ ، ص ١٠١ .

عن الاسلام، بما يترتب على مثل هذا الارتداد من آثار. وبعبارة أخرى فالمساواه بين الأديان السماوية تتقيد بالمعاملة المتمايزة للاسلام باعتباره النظام الذى يرتبط به النظام القانونى المصرى [1]

٦٣ — على أن الأحكام الشريعة الاسلامية سالفة الذكر لا تستغرق النظام العام فى مسائل الأحوال الشخصية فالنظام العام المذكور يمتد كذلك الى القواعد المرتبطة بالمصالح العليا للمجتمع اقتصادية كانت أو سياسية أو اجتماعية . ومن الواضح أن هذا القطاع من النظام العام للاحوال الشخصية ـ خلافا للقطاع السابق ـ قطاع متغير وفقا لا عتبارات الزمان والمكان ، على نحو يتمتع القاضى بسلطة كبيرة فى تحديده . ولعلى أهم القواعد المتعلقة بالنظام العام فى هذا القطاع هو تلك القواعد التى تقرر حرية الزواج وتكفل هذه الحرية .

ويمكن أن نضرب لمخالفة هذه القواعد بعض الأمثلة القليلة من قضاء المحاكم المصرية . ومن ذلك القاعدة الموجودة فى الشريعة الاسرائيلية والتى تقضى بأن من يتوفى عنها زوجها دون أن ينجب منها ولداً تعتبر زوجة لأخى زوجها . فقد قضت محكمة القاهرة الجزئية فى ١٩٥٦/٦/٢٥ [2] بأن هذه القاعدة تخالف النظام العام فى مصر الذى يقيم الزواج على رضاء كل من طرفيه .

وقد ذهب البعض إلى عدم التسليم بمخالفة النظام الذى تضمه هذه القاعدة للنظام العام فى مصر بصفة مطلقة . وقد إستند هذا الرأى إلى أنه يبين من نصوص

---

(١) من جزء الرأى ، أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ ، حسام الاهوانى ، المقال السابق ، ص ٨٩ ومابعدها .

(٢) مشار اليه فى ايهاب اسماعيل ٢ص ٦٣ ، أنظر فى مناقشة هذا الحكم بصفة خاصة ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ وما بعدها .

التوراة ومما جرى عليه العمل لدى الطوائف الاسرائيلية أن زوجة الأخ المتوفى لا تصبح زوجة لأخيه بقوة القانون دون حاجة لرضاء أى منهما خلافاً لما تصورته المحكمة استنادا إلى ما جاء فى كتاب الاحوال الشخصية لابن شمعون .
وعلى العكس من ذلك فبعض الأحكام التى تنظم آثار الزواج فى هذه الحالة تعتبر مخالفة للنظام العام . من ذلك مثلا الحكم الذى يقضى بضرورة حصول الزوجة على (الحاليصاه) من أخ الزوج فى حالة عدم التزوج بها . ومن ذلك أيضا عدم إمكان الزوجة التزوج من آخر طالما بقى إخوة زوجها الذين يستطيعون الزواج بها أحياء ، فى حالة رفضها الزواج من أحدهما .

ويبدو لنا أنه إذا ماتوفر الرضا بالزواج – وخصوصا من جهة الزوجة – فلا يكون هناك فى الواقع حاجة لتطبيق هذا النظام وتكون القواعد التى يتم الزواج وفقا لها هى القواعد العامة فى الشريعة الاسرائيلية التى تتفق مع النظام العام . وبعبارة أخرى فتطبيق هذا النظام الخاص لا يتصور الا فى حالة رفض أحد الزوجين الزواج بالآخر . وفى هذه الحالة تظهر الاحكام التى تحدد أثر هذا النظام الخاص وتبدو مخالفتها للنظام العام .

ومن ذلك أيضا ماورد فى المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس من أنه « يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج » . فهذا الحرمان من الزواج يتعارض مع إحدى الحريات العامة الأساسية وهى حرية الزواج ومن ثم يخالف النظام العام .

الفصل الثانى

إعمال ولاية الشريعة الاسلامية

٦٤ — يثير إعمال ولاية الشريعة الإسلامية مجموعتين من المشاكل :

الأولى : تتعلق بإعمال الشريعة الإسلامية ، بصفة عامة ، عند ثبوت الولاية لها على غير المسلم ، والثانية : تتعلق بإعمال أحكام الطلاق فى الشريعة الإسلامية على غير المسلم فى ظل نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تقضى بأنه « لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

المبحث الأول : إعمال الشريعة الإسلامية على غير المسلم بصفة عامة .

المبحث الثانى : إعمال أحكام الطلاق على غير المسلم .

المبحث الاول

إعمال الشريعة الاسلامية على غير المسلم بصفة عامة

تنحصر أهم المشاكل التى يثيرها إعمال الشريعة الإسلامية على غير المسلم فى الخيار من القواعد الخاصة بالمسلمين والقواعد الخاصة بالذميين ثم فى معرفة مدى اختصاص دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين بتطبيق هذه القواعد .

المطلب الأول : الخيار بين القواعد الخاصة بالمسلمين والقواعد الخاصة بالذميين .

المطلب الثانى : اختصاص دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين بتطبيق الشريعة الإسلامية .

المطلب الاول

الخيار بين القواعد الخاصة بالمسلمين والقواعد الخاصة بالذميين

٦٥ — تعرف الشريعة الإسلامية نوعين من القواعد: قواعد موضوعية تطبق على المسلمين، وقواعد أخرى أقرب إلى قواعد الاسناد تخص أهل الذمة وتقضى فى جملتها بتركهم وما يدينون فى مسائل الاحـــوال الشخصية . فأى القواعد من هذين النوعين هى الواجبة التطبيق عندما تثبت الولاية للشريعة الاسلامية ؟

ذهبت رأى أول [١] إلى أن قواعد الشريعة الاسلامية التى يجب تطبيقها عند ثبوت الولاية للشريعة الاسلامية هى القواعد المتعلقة بأهل الذمة والتى تحيل فى الواقع إلى دياناتهم عـــلى نحو تعتبر معه الشريعة الواجبة التطبيق من الناحية الموضوعية هى فى النهاية الشريعة غير الاسلامية . وحجة هذا الرأى أن هذا هو منطق الشريعة الاسلامية وهى الشريعة صاحبة الولاية . حقا إن من فقهاء الشريعة الاسلامية من يرى تطبيق القواعد الموضوعية على غير المسلمين إذا ما ترافعوا إلى القاضى المسلم، استناداً إلى رضاهم. وأن المحاكم الشرعية قبل الغائها قد أستندت إلى هذا الرأى لتطبيق أحكام الشريعة الاسلاميه الموضوعية على غير المسلمين عند ترافعهم إليها ولـكن هذا الرأى قد صار من المستحيل الأخذ به بعد الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية . ذلك أن توحيد جهة القضاء فى الأحوال الشخصية قد جعل الالتجاء إلى هذه الجهة أمراً لا خيار فيه للمتنازعين، على نحو لا يمكن معه القول بأن الالتجاء إلى القضاء فى ظل توحيد جهة التقاضى يأخذ حكم الترافع إلى القاضى المسلم الذى عناه فقهاء الشريعة الاسلامية .

ويضيف هذا الرأى أن المشرع ذاته قد أخذ بهذا التفسير فى شأن الطلاق عندما نص فى المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية على أنه لا تسمع دعوى الطلاق

---

(١) حلمى بطرس، المرجع السابق، ص ٦٥ استئناف القاهرة ٦/٣/١٩٥٧، ١٣/٣/١٩٥٧ (أشار اليها أحمد سلامة، ص ٢٦١ — ٢٦٣).

من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق . فالنص المذكور يعتبر تطبيقا لقواعد الشريعة الاسلامية الخاصة بالذميين والتى تقضى بتركهم وما يدينون .

٦٦ — وعلى العكس من ذلك يذهب الرأى الراجح فقها وقضاء [1] إلى إن المقصود بقواعد الشريعة الاسلامية التى يجب تطبيقها عند ثبوت الولاية لهذه الشريعة هو قواعدها الموضوعية التى تطبق على المسلمين ذلك أن الرأى المخالف يجعل من وضع المشرع نطاقا معيناً لتطبيق شرائع الذميين لا تطبق خارجه ، على نحو مارأيناه ، لغوا يجب تنزيه الشارع عنه . فمقتضى هذا الرأى أن المشرع يقرر عدم تطبيق الشرائع الخاصة بغير المسلمين إذا ما أختلفت الديانة أو الملة أو الطائفة ، أو إذا ما تعارضت هذه الشرائع مع النظام العام ، ثم يعود فيقرر تطبيقها إعمالا لقواعد الشريعة الاسلامية التى تقضى بترك غير المسلمين وما يدينون . أكثر من ذلك فهذا الرأى يؤدى إلى فراغ قانونى فى حالة مخالفة الشرائع الخاصة للنظام العام . ذلك أن مخالفة هذة الشرائع للنظام العام تمنع من تطبيقها ، وأن القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية لا ولاية لها نظراً لأقتصار تطبيقها على المسلمين .

ويؤيد ذلك ، القياس على ما هو معمول به فى حالة الإحالة إلى القوانين الأجنبية . فعندما تقضى قواعد الإسناد فى القانون الوطنى بتطبيق قانون أجنبى معين ، فإن الاحالة إلى هذا القانون تنصرف إلى قواعده الموضوعية وليس إلى قواعد الاسناد فيه .

---

(١) فى هذا المعنى : احمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٦٨ وما بعدها ، جميل الشرقاوى، ص ٥١ وما بعدها ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٩٩ وما بعدها ، حسام الدين الأهوانى، المرجع السابق ، ص ١٧١ وما بعدها . أنظر الأحكام التى أوردها توفيق فرج ، ص ٣٠٠ وما بعدها .

أما القول بأن الترافع أمام المحاكم الشرعية كان يعتبر من قبيل الرضي باحكام الشريعه الاسلامية الموضوعية ، وهو ما لا يتحقق بعد أن أصبح الالتجاء إلى المحاكم الوطنية لا خيار فيه ، فهو قول غير صحيح . ذلك أن ترافع غير المسلمين أمام المحاكم الشرعية لم يكن يستند فى الواقع إلى مجرد اتفاق الخصوم على الترافع أمامها، وإنما كان يستند إلى أحكام القانون الموضوعى . فاختصاص المجالس الملية كان - كما قدمنا - قاصراً على النظر فى المنازعات بين المتحدين فى الديانة والملة والطائفة ، بينما كان إختصاص المحاكم الشرعية اختصاصا عاما . ولذلك فعند الاختلاف فى الديانة أو الملة أو الطائفة كانت المحاكم الشرعية تعتبر المحاكم صاحبة الاختصاص بقوة القانون .

وأما الاستناد إلى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فهو استناد فى غير محله . ذلك أن نص المادة المذكورة لم يوضع إلا لأن العمل كان يجرى على تطبيق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية عند ثبوت الولاية لها بما كان يستتبع الحكم بوقوع الطلاق بين غير المسلمين وفقا لقواعد الشريعة الاسلامية . وهذا الذى كان يعمل به كان يترتب عليه حرج بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق لعدم إستطاعة المطلقة الزواج من آخر وفقا للتقاليد المتبعة فى الملة فى الوقت الذى قد تحرم فيه من النفقة فأراد المشرع دفع هـــذا الحرج بوضع إستثناء على تطبيق الشريعة الاسلامية فى قواعدها الموضوعية يتعلق بمسألة الطلاق فكان نص المادة ٩٩ المذكور .

وإذا كانت بعض المحاكم قد أخذت بالرأى الاول إلا أن أغلبيتها قد أخذت بهذا الرأى الأخير ، فقضت مثلا بتطليق الزوجة للضرر وفقا لاحكام الشريعة

الاسلامية ، كما رفضت الحكم بالتفريق بين الزوجين جسمانيا لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف الانفصال الجسمانى (١) .

المطلب الثانى

اختصاص دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين بتطبيق الشريعة الاسلامية

٦٧ — عندما ألغى المشرع المحاكم الشرعية والمجالس الملية وأحال اختصاصها الى المحاكم العادية ، نص على انشاء دوائر خاصة تحكم فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين وأخرى تحكم فى الأحوال الشخصية للمسلمين . ومن الواضح أن الدوائر الأولى تتولى تطبيق الشرائع الدينية لغير المسلمين بينما تتولى الأخيرة تطبيق الشريعة الإسلامية . ولكن قد يعرض على دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين نزاع بين غير مسلمين وتنتهى المحكمة الى ثبوت ولاية الشريعة الاسلامية فى شأن هذا النزاع نظراً لإختلافهما فى الديانة أو الملة أو الطائفة مثلا أو لمخالفة القاعدة الواجبة التطبيق للنظام العام وهنا يثور التساؤل عما اذا كانت دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين تستطيع الانتقال من ذلك الى تطبيق الشريعة الاسلامية صاحبة الولاية على هذا النزاع ، أم أنها لا تستطيع ذلك على نحو يتحتم معه عليها أن تقضى بعدم الاختصاص تاركة الأمر من بعد أمام الخصوم لرفع نزاعهم من جديد أمام دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين .

وقد اختلف الرأى فى هذه المسألة . فقد ذهب جانب من الفقه والقضاء الى أن دائرة الأحوال الشخصية لا تستطيع أن تتولى تطبيق الشريعة الاسلامية ويتعين عليها أن تقضى بعدم الاختصاص . ووجهة هذا الرأى أن وظيفة هذه الدائرة تنحصر فى تطبيق شريعة غير المسلمين . وعلى العكس من ذلك يذهب رأى آخر — يبدو أنه يسود الفقه والقضاء — الى أن دائرة الأحوال الشخصية عليها أن تعمل أحكام

---

(١) أنظر الأحكام التى أشار اليها احمد سلامه ، ص ٢٧٤ وما بعدها هـ (١) .

الشريعة الاسلامية على النزاع المطروح أمامها وليس لها أن تقضى بعدم الاختصاص.
وحجة هذا الرأى أن تقسيم دوائر الأحوال للشخصية الى دوائر للمسلمين ودوائر لغير المسلمين لا يعدو أن يكون تقسيما اداريا محضا لا يترتب عليه أى أثر فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق . والامر فى ذلك يختلف عما كان عليه الحال قبل الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية . فنى ظل وجود هذه الأخيرة كان هناك توزيع فعلى للاختصاص بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية وكانت كل منها تقوم على تطبيق الشريعه التى تنتمى اليها دون غيرها من الشرائع . ولذلك لم يكن هناك مناص فى مثل الحالة المذكورة من القضاء بعدم الاختصاص . وهو بالضبط ما قصد المشروع الى التخلص منه بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليه واعطاء الولاية القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية جميعاً المحاكم العادية . وقد تأيد هذا الاتجاه الثانى بأحكام محكمة النقض فى ٣٠ مارس ١٩٦١ و ٢٧ ابريل سنة ١٩٦١ (١) .

المبحث الثانى

إعمال أحكام الطلاق على غير المسلم

٦٨ ـ سبق أن قدمنا أن المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعيـة تقضى بأنه « ... لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق» . وتطبيقا لذلك كان تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين ، عند ثبوت الولاية لها ـ كما فى حالة الاختلاف فى الديانة أو الملة أو الطائفة ـ مقيداً بعدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين على الآخر، إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق . وعلى أثر صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، الذى جعل ولاية الشريعة الاسلامية غير مرتبطة بالولاية القضـائية ،

---

(١) مجموعة المبادىء القانونية ، ص ٤٧١ بند ٧٩٤ وص ٤٦٤ بند ٢٠٢ ، على التوالى وأنظر كذلك نقض ١٤/٦/١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٣٨٤ ، بند ١٩ .

ثار الخلاف حول ما إذا كان تطبيق الشريعة الاسلامية عند ثبوت الولاية لها ، يظل مقيداً بعدم إيقاع الطلاق بين من لا يدينان بوقوعه ، كما كان الحال قبل صدور القانون المذكور كما ثار الخلاف حول ما إذا كان غير المسلم في حالة ثبوت حقه في الطلاق وفقا للشريعة الاسلامية يستطيع إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة .

المطلب الأول : قيود ايقاع الطلاق .

المطلب الثانى : طريقة ايقاع الطلاق

المطلب الاول

قيود ايقاع الطلاق

٦٩ — ذهبت بعض أحكام المحاكم (١) إلى أن تطبيق الشريعة الاسلامية يظل مقيدا بما جاء فى المادة ٩٩ سالفة الذكر . ذلك أن النص المذكور مازال باقيا لم يلغ . وذلك فيجب على المحاكم العادية التى ورثت أختصاص المحاكم الشرعية أن تتقيد بما كانت تتقيد به هذه الأخيرة .

وعلى العكس من ذلك فقد ذهبت بعض الأحكام (٢) إلى أن تطبيق الشريعة الاسلامية لم يعد يتقيد بما جا بالمادة ٩٩ . وأهم مايستند إليه هذا الاتجاه الاخير هو زوال الحكمة من النص المذكور نهذا النص كان يقوم على حكمة مؤداها رفع الحرج والمشقة عن الزوجة التى يتم طلاقها وفقا للشريعة الاسلامية فى الوقت الذى تبقى فيه معتبرة زوجة وفقا لشريعتها ، على نحو لا تستطيع معه الزواج مرة أخرى

---

(١) أنظر الأحكام المشار اليها فى توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ ومابعدها .

(٢) أنظر الأحكام المشار اليها فى توفيق فرج ، المرجع السابق ، ٣٠٦ ومابعدها .

ولما كان هذا الوضع مصدره تعدد جهات القضاء واختصاص كل من المحاكم الشرعية والمجالس الملية بإيقاع الطلاق فانه يترتب على توحيد جهة القضاء زواله . فعلى أثر هذا التوحيد لم تعد هناك جهة أخرى غير جهة القضاء العادى تملك اعتبار الزوجة مرتبطة بالزواج السابق، ومن ثم تقييد حريتها فى الزواج من جديد.

ويبدو لنا أن نص المادة ٩٩ ما زال واجب التطبيق نظرا لأن المادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لم تنص على الغائه بين النصوص التى أشارت إلى الغائها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وكذلك يبدو لنا أنه ليس صحيحا انتفاء الحرج والمشقة عن الزوجة المطلقة بعد أن أصبح الاختصاص للمحاكم الشرعية وحدها بإيقاع الطلاق ذلك أن صحة الزواج - كما سوف نراه - تتوقف على افراغه فى الشكل الدينى . ومن ثم فمن المتصور أن ترفض الجهات الدينية اتمام مراسم الزواج لا لسبب إلا لعدم اعترافها بالطلاق . ولذلك فلا يمكن القول بزوال الحكمة من نص المادة ٩٩ إلا بإيجاد وسيلة قانونية ملائمة للتغلب على اعتراض السلطات الدينية على ابرام الزواج بحجة عدم وقوع الطلاق ديانة، كأن يستغنى عن الشكل الدينى فى هذه الحالة مثلا أو يتقرر إبرام الزواج فى مكتب التوثيق . ولكن إذا ما تحقق ذلك جدلا ، فان تحقيقه لا يكفى لإغفال نص المادة ٩٩، وإنما يلزم لذلك تدخل المشرع لالغائها .

وقد أيدت محكمة النقض[1] الرأى القائل بإعمال المادة ٩٩ بقولها «إن مؤدى نص الفقرة السابقة من المادة ٩٩ أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين».

---

(١) نقض ٦/٢/١٩٦٣ ، مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ، ص ٨٨ ، بند ٧٥ أ طعن رقم ٨، س٣٦ ق ، نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٦٨ ، مجموعة المكتب الفنى، س ١٩ ، ص٢٩٢ .

٧٠ — وإذا كان المسلم به عدم جواز سماع دعوى الطلاق من أحـد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، حتى بعد توحيد قضاء الأحوال الشخصية ، فما هو المقصود بالطلاق الذى إذا كان الزوجان يدينان به سمعت دعوى الطلاق وفقا الشريعة الاسلامية ؟

ذهب البعض إلى أن المقصود به هو الطلاق بالارادة المنفردة للزوج أخذاً بالمعنى العرفى لهذا اللفظ (١) . وترتيبا على ذلك لا يجوز تطبيق أحكام الطلاق فى الشريعة الاسلامية على المسيحيين على اختلاف طوائفهم ، لأن أيا من الطوائف لا تعرف الطلاق بهذا المعنى . وعلى العكس من ذلك فيجوز تطبيقها على اليهود لأنهم يعرفون الطلاق .

على أن الرأى الراجح (٢) والذى أيدته محكمة النقض (٣) يأخذ لفظ الطلاق فى هذا الصدد بمعناه الشرعى الذى ينصرف إلى رفع قيد النكاح باللفظ الخاص الدال على ذلك ، سواء كان بإرادة منفردة أو كان بحكم من القاضى .

وترتيبا على ذلك فلا يجوز تطبيق أحكام الطلاق فى الشريعة الاسلامية على طوائف الكاثوليك لأنهم لا يعرفون الطلاق حتى بهذا المعنى الواسع ، وإنما يعرفون الانفصال الجسمانى . أما غيرهم من طوائف المسيحيين - سواء فى ذلك الطوائف الارثوذكسية أو الطوائف البروتستنتية فيخضعون لأحكام الطلاق فى الشريعة الإسلامية ، عند ثبوت الولاية لهذه الشريعة عليهم لكون الزواج بين مختلفى الملة أو الطائفة .

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٢) حسام الدين الاهوانى ، المرجع السابق ص ١٨١ ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ وما بعدها .

(٣) نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٦٨ ، السابق الاشارة اليه .

٧١ — وإذا كان امتناع إعمال أحكام الطلاق فى الشريعة الاسلامية رغم ثبوت الولاية لها يقتصر على الطوائف الكاثوليكية ، على هذا النحو ، فهل يكفى لامتناع إعمالها أن يكون أحد الزوجين كاثوليكيا ، أم يلزم أن يكون كلا منهما كاثوليكيا رغم اختلاف طوائفهما ؟ يبدو أنه يكفى لامتناع تطبيق أحكام الطلاق فى الشريعة الإسلامية أن يكون أحد الزوجين كاثوليكيا حتى ولو كان الزوج الآخر غير كاثوليكى . ذلك أن شرط إعمال هذه الأحكام - وفقا للمادة ٩٩ - هو أن يكون الزوجان يدينان بوقوع الطلاق . لذلك فيكفى ألا يدين احدهما بوقوعه حتى يتخلف الشرط ويقوم المانع [1] .

٧٢ — وإذا كان يمكن إعمال الطلاق فى الشريعة الإسلامية - عند ثبوت الولاية لها - على غير الكاثوليك ، نظرا لأن ما عدا هؤلاء يدين بالطلاق بالمعنى الشرعى الواسع الذى حددناه ، فإن التساؤل يثور رغم ذلك عما إذا كان يكفى لإمكان اعمال هذه الأحكام مجرد إقرار شريعة الطرفين لمبدأ الطلاق أم يلزم لذلك إقرار وقوع الطلاق لذات السبب الذى يؤسس عليه الطلاق . ذلك أنه يمكن تفسير المادة ٩٩ على أن المقصود بكون الزوجين يدينان بوقوع الطلاق ان شريعتهما تبيح الطلاق لذات السبب الذى يستند إليه طالب الطلاق من الزوجين . وفى ظل هذا التفسير لا يمكن الحكم بوقوع الطلاق أو بإيقاعه إلا إذا كانت شريعة الطرفين تسمح بذلك . وبعبارة أخرى فلا يمكن وفقا لهذا التفسير إيقاع الطلاق إلا إذا كان ذلك إعمالا للشريعة المذكورة .

وعلى العكس من ذلك يمكن تفسير النص على أن المقصود بكون الزوجين

---

(١) حسام الدين الأهوانى ، المراجع ، ص ١٨٢ .

يدينان بوقوع الطلاق هو ان تكون شريعة الزوجين تقرر مبدأ الطلاق أو التطليق ، بصرف النظر عن الأسباب التى تبيح الاستناد اليها فى هذا الشأن , وفى ظل هذا التفسير يمكن ايقاع الطلاق أو الحكم بالتطليق وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، مهما كان سبب ذلك ، اذا كان الزوجان من غير الكاثوليك ، وسواء كانت شريعتهما تبيح الطلاق أو التطليق لذات السبب الذى يستند اليه طالبه أو لا تبيحه .

وقد ذهبت بعض الاحكام الى الاخذ بالتفسير الاول. غير أن غالبيه الاحكام تؤيدها محكمة النقض (١) - تنحو نحو التفسير الثانى . ولعل مما يؤيد هذا الاتجاه الأخير أن الاتجاه الأول فى حقيقته يؤدى إلى استبعاد الشريعه الإسلامية كليه فى مسائل الطلاق والتطليق بالنسبة لغير المسلمين ، وجعل الولاية لشرائعهم الخاصة بالرغم من أن الصورة التى نحن بصددها ، تفترض انتفاء ولاية الشرائع الخاصة وثبوت ولاية الشريعة الأسلاميه .

المطلب الثانى

طريقة ايقاع الطلاق

٧٣ - واذا كان المقصود بالطلاق فى حكم المادة ٩٩ سالفة الذكر ، رفع قيد النكاح ، أيا كانت أداته ، وسواء كانت ارادة الزوجين أو قرار المحكمة ، وكان مقتضى ذلك أنه لا يوجد قانونا ما يحول دون اعمال أحكام الطلاق فى الشريعة الاسلامية على المسيحيين الارثوذكس والانجيليين ؛ متى ثبتت الولاية لهذه الشريعة

---

(١) نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٦٨ سالف الاشارة اليه

عليهم ، فان منطق هذه النتيجة يؤدى إلى إمكان مباشرة الطلاق على نحو ما يباشر فى الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين ولما كان الطلاق يقع بالارادة المنفردة فى الشريعة الاسلامية ، فانه يكون للمسيحى ان يوقع الطلاق بارادته المنفردة تماما كما هو الحال بالنسبة للمسلم ، ما دام القانون الواجب التطبيق على كل منهما هو الشريعة الاسلاميه ، دون حاجه إلى موافقة الزوجة أو صدور حكم بالطلاق من القضاء [1] .

ولا شك أن هذه النتيجة التى يوصل اليها منطق إعمال النصوص على الوجه الصحيح تبدو مثاراً للنقد من ناحية السياسة التشريعية . فمن ناحيه أولى لا يوجد من بين المذاهب المسيحية — أيا كان نطاق السماح بالطلاق فيها — ما يقر الطلاق بارادة منفردة أو حتى باتفاق الطرفين ، على نحو تبدو معه اباحة طلاق المسيحى بارادته المنفردة مثيرة للشعور الدينى . ومن ناحية ثانية ، تؤدى اباحة الطلاق بارادة منفرده بالنسبة للمسيحى الى اضرار اجتماعية مؤكدة . فاعتقاد الزوج بخضوع طلاقه للشريعة الاسلامية قد يدفعه الى مباشرة الطلاق بارادته المنفردة والزواج مرة ثانيه ، ثم يتضح من بعد عدم توافر شروط ولاية الشريعة الاسلامية على نحو يصبح معه طلاقه كأن لم يكن ، مما يؤدى الى الغاء الزواج الثانى ، اعمالا لمبدأ عدم تعدد الزوجات فى الشرائع المسيحيه . ولذلك فقد بذل الفقه عدة محاولات لتحرير الزوج المسيحى من رخصه الطلاق بالارادة المنفردة الثابته له بمقتضى خضوعه لولاية الشريعة الاسلامية .

---

(١) وقد أخذت بذلك محكمة النقض انظر احكام النقض الصادرة فى ٦/ ٣/ ١٩٦٣ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات احمد سمير أبو شادى ، ص ٨٧ ومابعدها بند ١٥٠ ، ص ٨٨ بند ١٥١ ، بند ١٥٢ ، نقض ٦/٢/١٩٦٥ المجموعة السابقة ص ٨٩ ، بند ١٥٤ .

٧٤ — فأما المحاولة الأولى فتذهب إلى أن الطلاق بالإرادة المنفردة لا يجوز للمسيحى وفقا للشريعة الاسلامية ، ذلك أن « يمين الطلاق عند المسلمين أمر يتعلق بعقيدة الزوج المسلم ، وتلك اليمين توجب الفرقة وتنهى الملك ، فالجزاء الدينى هنا يختلط ويمتزج بالجزاء القانونى . وعلى ذلك يصعب أن تنسحب تلك القاعدة القانونية الدينية على أشخاص لا يدينون أصلا بالعقيدة التى تستند اليها تلك القاعدة وشرط إمكان وقوع الطلاق بيمين الزوج هو أن يكون الزوج مسلما من أهل التكليف ، والتكليف يقتضى الاسلام والبلوغ والعقل [1] وعلى هذا النحو تنتهى هذه المحاولة إلى أن طلاق غير المسلم لا يقع إلا بحكم من القاضى وفقا للشريعة الاسلامية ذاتها .

ويؤخذ على هذا التخريج أن الزواج لا يعتبر من مسائل العبادات وإنما من مسائل المعاملات فى الشريعة الاسلامية، وإن كان البعض يلحقه ـ حكما ـ بالعبادات ومن ثم فليس هناك ما يحول دون إعمال الشريعة الاسلامية بشأنه على غير المسلم، مادام قد ارتضى الترافع إلى القاضى المسلم ، ولم يرد الافادة من رخصة الالتجاء إلى قضائه الشخصى. كذلك يؤخذ على هذا الرأى أن مناط التكليف ليس الاسلام، وإنما مناطه العقل والبلوغ وحدهما . وأخيرا يؤخذ على هذا الرأى ـ وبصرف النظر عن إتفاقه مع أحكام الشريعة الاسلامية ـ مخالفته الصريحة لمقتضى أحكام القانون الوضعى .

---

(١) جمال مرسى بدر ، تعليق على حكم محكمة الاسكندرية الإبتدائية الصادر بتاريخ ٢٨/٦/١٩٥٥ فى القضية رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ مجلة الحقوق ، ١٩٥٦ ، ص ٢٠٧ وما بعدها (أنظر ص ٢١٧) .

وأما المحاوله الثانية فتذهب إلى أن تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلم لايكون إلا على يد القضاء (١) . ذلك أن تطبيق هذه الشريعة عليه يعتبر استثناء من الأصل في خضوعه لشريعته . وإذا كان حق غير المسلم فى تطبيق شريعته بنفسه أمراً مسلما - باعتبارها الشريعة الأصلية - فليس الأمر كذلك بالنسبه للشريعة الاسلامية، باعتبار تطبيقها استثناء لا يتوافر إلا بتوافر شروط معينة يدق التأكد من توافرها ، على نحو يلزم معه إناطة تقرير توافرها بيد القضاء وحده . وعلى هذا النحو تنتهى هذه المحاوله إلى أن الزوج المسيحى لا يستطيع ايقاع الطلاق بارادته المنفردة إلا بعد إستصدار حكم بخضوعه لولاية الشريعة الإسلامية. ولذلك فلا يكون للطلاق السابق أى أثر على إنهاء الرابطة الزوجية .

ومن الواضح أن هذا التخريج بدوره يخالف المبادىء العامة للقانون (٢) . فمن المسلم به أن القواعد القانونية - بلا استثناء - يتوجه الخطاب فيها مباشرة إلى الأفراد قبل أن يتوجه إلى القاضى . ومن ثم فيكون للفرد دائما - بل ويكون عليه - أن يطبق القانون طواعية دون أن ينتظر قيام القاضى بتطبيقه عليه . ومن هنا كان مبدأ عدم إمكان الاعتذار بجهل القانون. أما أن الفرد قد يخطىء فى تطبيق القانون بنفسه، فتلك مسأله أخرى لا تقف عند حد مجموعة دون أخرى من قواعد القانون. وأما أن الفرد يستطيع أن يطلب من القاضى الفصل فيما إذا كان يخضع أو لا يخضع للشريعة الاسلامية قبل ايقاع الطلاق ، فذلك ما يبدو محل نظر . ذلك أنه ليس من سلطة القضاء القيام بالافتاء وانما ينحصر دوره فى الفصل فى المنازعات بالمعنى الدقيق .

---

(١) أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص ٢٧٧ ، ومابعدها .

(٢) أنظر فى هذا الاتجاه ، حسام الأهوانى المرجع السابق ، ص ١٩٠ وما بعدها .

وأما المحاولة الأخيرة فتذهب إلى التفرقة بين حالة ما إذا كان هناك نزاع بين الطرفين حول تطبيق الشريعة الاسلامية وحالة ما إذا لم يكن هناك مثل هذا النزاع (١) . والقول بعدم إمكان إيقاع الطلاق فى الحالة الاولى قبل حكم القضاء بثبوت الولاية للشريعة الإسلامية ، وبإمكان إيقاعه فى الحالة الثانية. ويبدو لنا أن هذا الرأى الأخير يتضمن العيوب التى يؤدى اليها منطق إعمال النصوص على الوجه الصحيح ، بجانب العيوب الكامنة فى القول بضرورة الالتجاء إلى القضاء لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق قبل ايقاع الطلاق ، هذا إلى أن مسألة قيام أو عدم قيام النزاع بين الطرفين على ولاية الشريعة الاسلامية مسألة نسبية لا يمكن التأكد منها . وقد لا ينازع الطرفان فى ولاية الشريعة الاسلامية فيوقع الزوج الطلاق ثم يتكشف للزوجة بعد ذلك من الأسباب ما يجعلها تتشكك فى ولاية الشريعة الاسلامية فترفع الأمر إلى القضاء ويقرر بالفعل عدم ولاية هذه الشريعه استنادا إلى ما تبديه من أسباب فيبطل الطلاق الذى يجعله هذا الرأى صحيحاً . وعلى العكس من ذلك فقد يختلف الزوجان على ولاية الشريعة الاسلامية ، فيلجأ الزوج رغم ذلك إلى ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة فيكون الطلاق باطلا وفقا لهذا الرأى ثم تلجأ الزوجة الى القضاء فيقضى بتطبيق الشريعة الاسلامية التى تجيز مثل هذا الطلاق الباطل ومن ثم يكون هناك طلاق باطل بالرغم من أنه صحيح وفقا للشريعة صاحبة الولاية .

٧٥ — ويبدو لنا أنه أمام خلو التشريع من تنظيم لهذه المشكلة ، فلا مناص من الأخذ بمنطق النصوص القائمة ذاتها . فاذا ما أوقع الطلاق وتقررت من بعد ولاية الشريعة الاسلامية بقضاء ، فلا حرج فى الأمر . أما اذا تقررت ولاية الشريعة الخاصة ، فان هذا الطلاق يعتبر باطلا فيزول بكل ما يمكن أن يكون قد ترتب عليه من نتائج ومن بينها بطلان الزواج الجديد الذى يكون الزوج قد عقد بعد الطلاق . على أن ذلك لا ينفى بالطبع ضرورة تدخل المشرع لتنظيم طلاق غير المسلم على نحو يوفر الاستقرار العائلى المنشود .

---

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٢١ وما بعدها .

القسم الثانى

الأحكام الموضوعية للزواج

٧٦ — ولا شك أن الزواج المسيحى يهدف إلى تحقيق غايات ثلاث هى ، التعاون على شئون الحياة ، والتناسل لحفظ النوع ، والحفظ من التحرق ، وهى ذات الغايات التى يهدف إليها الزواج فى الشرائع المختلفة بصفة عامة (١) . غير أن المسيحية تعطى لهذه الغايات مفهوما خاصاً يميزها عما يقابلها فى غيرها من الشرائع . فالتعاون على شئون الحياة فى المسيحية « يحمل صورة مبسطة للعلاقة الابدية السماوية بين السيد المسيح والكنيسة عروسه » ، والحفظ من التحرق غرض خاص بالضعفاء . ولذلك فالمسيحية تحض على البتولية لمن إستطاع إليها سبيلا . وفى ذلك يقول بولس الرسول : « حسن للرجل أن لا يمس أمرأة ولكن لسبب الزنا فلتكن لكل واحد إمرأته وليكن لكل واحدة رجلها . وأنا أنما أقول ذلك على سبيل الاباحة لا على سبيل الامر ، فإنى أود أن يكون جميع الناس مثلى . لكن كل واحد له من الله موهبة تخصه فبعضهم هكذا وبعضهم هكذا . وأقول لغير المتزوجين وللأرامل أنه حسن لهم أن يبقوا على هذه الحال كما أنا . فإن لم يتفقوا فليتزوجوا ، فإن الزواج خير من التحرق .

وهذا التميز فى غايات الزواج فى المسيحية يترتب عليه انفراد الزواج المسيحى بخصائص جوهرية تنعكس بشكل واضح على تنظيمه القانونى . سواء فى إنشاءه أو فى أحكامه .

فالزواج فى المسيحية يعتبر أحد الأسرار السبعة التى ترتكز عليها العقيدة

---

(١) أنظر فى نظرة المسيحية إلى الزواج بالتفصيل ، ثروت أنيس الأسيوطى ، المرجع السابق ، ص ٣٨ ومابعدها ، أحمد غنيم ؛ موانع الزواج بين الشرائع السماوية الثلاث والقوانين الوضعية ، ص ٢٦ وما بعدها .

المسيحية . وفى ذلك يقول بطرس الرسول : « هذا السر العظيم ولكننى أقول من نحو المسيح والكنيسة » . وتحقق هذا السر يقتضى أعمالا ظـاهرة هى أقرار العروسين علنا أمام الكنيسة بأنهما قابلان للزواج بحريتهما التامة ورضاهما المتبادل وتعاهدهما لحفظ الإمانة الزوجية إلى آخر نسمة من حياتهما من ناحية ، والبركة التى تتم فى عقـد وصلاة الإكليل اللذين يتممها الكاهن من ناحية أخرى . فإذا ما تمت هذه الأعمال فيقوم الله بنفسه بإتمـام سر الزيجة بين العروسين . وعلى هذا النحو كان لا بد من تدخل الكنيسه لاتمام الزواج المسيحى على ما سوف نراه .

والزواج فى المسيحيه يقوم على مبدأ وحدة الزوجه . وهذا المبدأ ما هو إلا نتيجة لمفهوم التعاون كغاية من غايات الزواج ، ولكون الزواج بناء على ذلك سراً مقدسـاً . وفى ذلك يقول الانجيل « إن الذى خلق من البدء خلقهما ذكر وأنثى . . . من أجل ذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بإمرأته ويكون الإثنان جسداً واحداً ، إذاً ليسا بعد أثنين بل جسد واحد » . لذلك فالمسيحية لا تحرم فقط الجمع بين زوجتين فى وقت واحد ، وإنما أيضاً تضع قيوداً على الزواج بعد المرة الأولى عقب الترمل . فمثل هذا الزواج محرم بعد المرة الثالثة . أما دون ذلك فهو إن لم يكن محرما فهو على الأقل مكروه ويعتبر فى مرتبة أقل من مرتبة الزواج الأول .

والزواج المسيحى علاقة أبدية بين الرجل والمرأة . وهذا المبدأ كذلك نتيجة لكون الزواج سراً مقدساً . فإن الذى جمعه الله لا يفرقه إنسان . وإذا كان موسى - على حد ما ورد فى انجيل - قد سمح بالطلاق فإن الأمر لم يكن كذلك منذ بدء الخليقة . وترتيبا على ذلك كانت القاعدة فى المسيحية لا طلاق

ولا تطليق إلا لعلة الزنا إعمالا لقول المسيح « وأما أنا فأقول لكم إن من طلق إمرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزنى ومن تزوج مطلقة فإنه يزنى » . بل إن المذهب الكاثوليكى يفسر هذا النص على أن المقصود به الانفصال الجسدى لا التطليق بالمعنى الدقيق على نحو ما سوف نراه .

وسوف نقوم بتقسيم الدراسة الموضوعية للزواج فى الشرائع المسيحية إلى بابين ، نتناول فى أحدهما انشاء الزواج ، ونتناول فى الآخر الرابطة الزوجية .

الباب الأول : إنشاء الزواج

الباب الثانى : الرابطة الزوجية

الباب الاول

انشاء الزواج

٧٧ — الزواج هو طريق تكوين الاسرة، تمثل الخلية الاولى للمجتمع ومن هنا كان انشاؤه منوطا بالاعتبارات الدينية والاجتماعية التى تحكم تشكيل الاسرة ذاتها. وتبدو صلة انشاء الزواج بتشكيل الاسرة فى المجتمع على هـــذا النحو فيما يتعلق بمحرمات الزواج أو موانعه .

والزواج من اخطر الاحداث فى حياة الانسان الفرد ،لذلك كان من الطبيعى أن تسبق اقامته مقدمات تستهدف استيثاق كل من العروسين من صلاحية الآخر للارتباط به . ومن هنا كانت الاهمية الكبيرة التى تعطيها الشرائع المسيحية للخطبة .

والزواج من بعد يتم عن طريق تصرف قانونى يفترض رضاء كل من الطرفين ، بالاضافة الى ما قد تفرضة الشرائع من أوضاع معينة لإبرامه .

وعلى هذا النحو فدراسة انشاء الزواج - خلافا لانشاء غيره من الروابط - تفترض بيان موانعه من ناحية ، ومقدماته من ناحية أخرى ، قبل دراسة التصرف القانونى المنشىء له .

الفصل الاول : موانع الزواج .

الفصل الثانى : مقدمات الزواج (الخطبة)

الفصل الثالث : التصرف المنشىء للزواج .

الفصل الاول

موانع الزواج

أنواع الموانع :

٧٨ — نص القانون الكنسى على موانع متعددة للزواج ، تختلف باختلاف الشرائع ، وان تقاربت أحكامها بشأنها .

ويمكن تقسيم هذه الموانع تقسيمات مختلفة حسب المعيار الذى يتخذ أساسا للتقسيم . فالموانع تنقسم من حيث دوامها إلى مؤبدة ومؤقتة . والموانع المؤبدة هى الموانع غير القابلة بطبيعتها للزوال فتمنع الزواج بصفة دائمة كمانع القرابة مثلا . وأما الموانع المؤقتة فهى الموانع القابلة للزوال ، فتمنع الزواج طالما كانت قائمة ولا تحول دون اتمامة من وقت زوالها ، كإختلاف الدين .

والموانع تنقسم من حيث نطاقها إلى مطلقة ونسبية . فالموانع المطلقة هى الموانع التى يؤدى توافرها إلى منع زواج الشخص بصفة مطلقة ، أيا ما كان الشخص الذى يريد الزواج منه كما هو الحال فى الإرتباط بزوجية قائمة . والموانع النسبية كما هو الحال فى مانع القرابة وفى مانع الزنا والقتل فى بعض الشرائع .

وتنقسم الموانع من حيث ثبوتها إلى موانع ظاهـرة وموانع مستترة . فالموانع الشائعة هى الموانع التى يمكن للجميع التشبث بها ، كالقرابة الشـرعية . وأما الموانع المستترة فهى الموانع الخفية التى لا يمكن للجميع اثباتها كقرابة الدم غير الشرعية .

وتنقسم الموانع اخـيرا من حيث اثرها إلى موانع مبطلة ومـوانع محرمة . فالموانع المبطلة هى الموانع التى ترتب أثرا قانونيا يتمثل فى بطلان

الزواج ، وتجريده من آثره كالعجز الجنسى والإرتباط بزوجية قائمة واختلاف الدين . وأما الموانع المحرمة فهى الموانع التى لا ترتب أثرا قانونيا ولا تحول بين الزواج وبين ترتيب آثاره القانونية ، وانما ينحصر اثرها فى جعل الزواج مكروها ديانة . (١) على أن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن معظم موانع الزواج لم تكن تؤدى فى الفقه المسيحى القديم إلى البطلان ، وانما إلى الفسخ إذا كان احد الطرفين غير عالم بالمانع الذى يقوم بالطرف الآخر عند ابرام الزواج . وقد ظل بعضها معتبراً كذلك حتى العصر الحديث (٢) .

وقد عددت قواعد الطوائف المسيحية المختلفة موانع الزواج فيها . غير أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن الارادة الرسولية للكاثوليك لا تكتفى بمثل هذا التعداد ، وأنما تضيف إلى ذلك حق السلطة الكنسية العليا فى تقرير موانع أخرى غير التى عددتها هذه الارادة ، سواء كانت موانع مبطلة أو موانع محرمة .

وسوف تنحصر دراستنا فى الموانع المبطلة ، باعتبارها وحدها الموانع التى تنتج اثرا قانونيا وتؤثر فى صحة الزواج . ولكننا لن نجرى فى دراسة هذه الموانع على أى من التقسيمات السابقة . وانما على تقسيم آخر يقوم على الافكار العامة التى تستند اليها هذه الموانع . ذلك أن بعض الموانع يرتبط بغايات الزواج ، فى ذاته ، وبعضها يرجع إلى اعتبارات دينية ، وبعضها الآخر يرجع إلى اعتبارات جزائية .

المبحث الأول : الموانع المرتبطة بغايات الزواج .

---

(١) وينقسم الموانع كذلك الى موانع طبيعية تجعل الانسان غير قادر من الناحية الجسمانية على الزواج ، كالعجز الجنسى ، وموانع قانونية ترجع الى الحالة المدنية للشخص ، كمانع اختلاف الدين ، أو الى ارادته كالترهب أو أرتكاب الزنا . انظر فى ذلك ، شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، جـ ٤ ص ٧ وما بعدها .

(٢) شفيق شاتة ، الرجع السابق ، جـ ٤ ، ص ٦ .

المبحث الثانى : الموانع المرتبطة بالاعتبارات الدينية .

المبحث الثالث : الموانع المرتبطة بالاعتبارات الجزائية .

المبحث الاول

الموانع المرتبة بغايات الزواج

٧٩ — تحقيق غايات الزواج يفترض — من حيث المبدأ — بلوغ الطرفين السن الملائمة للزواج ، كما يفترض قدرة كل منهما على المعاشرة الجنسية . ولكن تحقيق هذه الغايات على الوجه الاكمل ، يفترض فوق ذلك ، غربة كل الزوجين عن الآخر من ناحية ، والحيلولة دون أختلاط الانساب من ناحية أخرى . لذلك كان عدم بلوغ سن الزواج ، والعجز الجنسى ، والقرابة ،والعدة، من موانع الزواج المرتبطه بغاياته .

المطلب الاول : عدم بلوغ سن الزواج .

المطلب الثانى : العجز الجنسى .

المطلب الثالث : القرابة .

المطلب الرابع : العـــدة .

المطلب الاول

عدم بلوغ سن الزواج

٨٠ — لما كان الزواج يرتب مسئولية اجتماعية وقانونية على درجه كبيرة من الخطورة ، فقد حرصت الشرائع المسيحية المختلفه على وضع حـــد أدنى لسن الزواج لا يصح ابرامه قبل بلوغه . غير أن تقرير السن المناسب للزواج يرتبط

فى الواقع بالظروف الاجتماعيه التى تختلف باختلاف الزمان والمكان أكثر من ارتباطه بالاعتبارات الدينية . لذلك فقد جاء سن الزواج مختلفـــا من شريعة إلى أخرى .

فالشرائع الارثوذكسية جميعها تحدد سن الزواج بالنسبة للرجل بثمانيـة عشر عامـا . أما بالنسبة للمرأة فيختلف السن باختلاف هذه الشرائع . فبينما نجد هـذه السن ستة عشر عاما لدى الاقباط ، نجده خمسة عشر عاما لدى الروم وأربعة عشر عاما لدى السريان .

أما بالنسبة للشريعة الكاثوليكية ، فسن الزواج ستة عشر عاما بالنسبة للرجـل وأربعة عشر بالنسبة للمرأة .

أما بالنسبة للشريعة الانجيلية ، فقد كان السن الادنى للزواج مثلا لما عليه الحال بالنسبة للكاثوليك ، ثم تقرر رفعة إلى ثمانية عشر عاما كاملا بالنسبة للرجـل وستة عشر بالنسبة للمرأة ، بقرار من المجلس الأعلى الانجيلى فى ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ .

على أنه مهما اختلفت القواعد الخاصة بتحـديد سن الزواج لدى الطـــوائف المسيحية ، فيراعى فى هذا الشأن ما نصت عليه المادة ٢٨ من قرار وزارة العـدل بلائحة الموثقين المنتدبين والمعمول به من أول يناير سنة ١٩٥٦ من أنه « لا يجوز توثيق عقد الزواج إذا سن الزوج أقل من ١٨ سنة وسن الزوجة أقل من ١٦ سنة » ولذلك فالشرائع الخاصة فى هذا الصدد تعتبر عديمة الأثر فى الحدود التى سن تبيح فيها الزواج دون السن المذكورة .

والجوهرى فى هذا الصدد أن الشرائع المسيحية لا تعتبر بلوغ السن مجرد شرط لتوافر أهلية الأداء فيما يتعلق بالزواج وإنما يعتبره شرطا لتوافر أهلية الوجوب ، ومن هنا كان اعتباره مانعا من موانع الزواج (١) .

---

(١) شفيق شحاته المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٦٢ .

٨١ — ويثور التساؤل عن حكم الزواج المعقود دون بلوغ السن المحددة للزواج . وفى هذا الصدد نجد اشارة فى قوانين ابن تعلق إلى أن عدم بلوغ السن يمنع من الزواج ولكن أن انعقد الزواج . . . لم يفسخه ، كذلك نجد اشارة لذلك فى الخلاصة القانونية للاقباط الارثوذكس . فصاحب الخلاصة يرى أن عدم توافر السن القانونية يمنع من ابرام الزواج ولكن الزواج إذا أبرم خلافا لذلك لا يجوز فسخه إذا ما تراضى الطرفان على ابقائه بعد بلوغ سن الزواج .

ويستند بعض الفقه الحديث إلى ذلك للقول بأن « الفقه القبطى قد استقر على عدم اعتبار شرط السن من الموانع المبطلة لعقد الزواج [(١)] .

ومع ذلك فيبدو لنا - على نحو ما سوف نراه عند دراسة البطلان - ان الزواج يعتبر زواجا باطلا ، ولكنه يقبل التصحيح باتفاق الطرفين على استمراره بعد بلوغ السن الشرعية على أنه لا شك فى أن عدم توافر شرط السن يؤدى الى بطـــلان الزواج بطلانا مطلقا فى مجموعه ١٩٥٥ . فقد نصت المادة ٤٠ منها على أن « كل عقد يقع مخالفا لأحكام (المادة) ١٥٠٠٠ (التى تحدد هذه السن) . . يقع باطلا ولو رضى به الزوجان . . وللزوجين وكل ذى شأن حق الطعن فيه » . وبالمثل لدى الروم والأرمن الأرثوذكس من ناحية ، ولدى الكاثوليك والانجيليين من ناحية أخرى .

كذلك يراعى فى هذا الصدد قواعد بعض الطوائف تسمح للرئيس الدينى بالاعفاء من مانع السن .

---

(١) شفيق شحاته المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٦٥ - ٦٦ .

المطلب الثانى

العجز الجنسى

٨٢ – العجز الجنسى هو انعدام المقدرة الذاتية على الجماع ، الذى يصلح بذاته للانجاب ، أو نقصها سواء كان ذلك فى جانب الرجل أو المرأة (١)

ومن أمثلة العجز الجنسى بالنسبة للرجل ، الجب وهو استئصال عضو التناسل والخصا وهو نزع الخصيتين معا ، والخنوثة وهى اجتماع عضوى الذكر والانثى فى شخص واحد ؛ والعنة هى عجز الرجل عن الوصول الى المرأة وهذه الاخيرة قد تكون عضوية ترجع الى عيب فىالاعضاء التناسلية ، وقد تكون نفسية ترجع الى عامل غير عضوى ، كالخوف او الرهبة أو انعدام العاطفة أو الشعور بالكرهية نحو الطرف الآخر (٢) .

ومن أمثلة العجز الجنسى بالنسبة للمرأة ، ضيق فتحة الرحم على نحو لا يسمح بالإتصال الجنسى ، أو وجود عظم زائد يمنع من هذا الاتصال .

والعجز الجنسى قد يكون مطلقا يحول دون الاتصال بأى شخص آخر ، وقد يكون نسبيا يحول دون الاتصال بشخص بعينه ، كما هو الحال فى كثير من حالات العجز الراجع الى عوامل نفسية (٣) .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع بصفة خاصة ، شفيق شحاته ، المرجع السابق ، جـ٤

(٢) وقد قضى بان « عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لا ينفى وجود العنة ، فقد يكون لها بواعث نفسية لا تنم عنها أعراض خارجية استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٦ ، أشار اليه توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٥٠٤ .

(٣) وقد قضى بانه قد « يشفى الرجل من العنة النفسية بالنسبة للنساء الاخريات ولكنه لا يشفى منها بالنسبه للزوجة ، ولا يمنع أن يكون هذا العجز الدائم النسبى سببا فى بطلان الزواج » فى استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٤/٣ ، أشار اليه توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٥٠٥

والعجز الجنسى بهذا المعنى يختلف عن العقم . فاذا كانت القدرة على الانجاب تتوقف على المعاشرة الجنسية ، فان المعاشرة الجنسية لا تؤدى بالضرورة وفى جميع الاحوال الى الانجاب . ومن هنا فالعقم لا يعتبر مانعا من موانع الزواج مانعا من موانع الزواج ما دامت المعاشرة الجنسية ممكنة وفى هذا الصدد مخالفة الشرائع المسيحية ما ورد بالتوراة . حقا ان الانجاب يعتبر من اغراض الزواج على نحو ما قدمناه . ولكن عدم تحقق هذا الغرض فى حالة بعينها لا يمنع من بقاء الزواج محققا لاغراضه الاخرى ما دامت المعاشرة الجنسية ممكنة . وقد نصت على ذلك صراحة بعض الشرائع كشريعة الارمن الارثوذكس وشريعة الكاثوليك

اما الشرائع الاخرى ـ كشريعة الاقباط الارثوذكس ـ فالامر فيها مفهوم من اكتفائها بذكر ما يمنع من « الاتصال الجنسى »فمقتضى ذلك ـ بمفهوم المخالفة ـ ان توافر امكانية الاتصال الجنسى لا يتحقق معها المانع ، سواء ادى الاتصال الى الانسال أو لم يؤدى اليه .

٨٣ ـ والاصل أن العجز الجنسى فى الفقه المسيحى القديم يؤدى الى فسخ عقد الزواج بعد انعقاده صحيحا ، كما هو الحال فى الشريعة الاسلامية أما فى الشرائع الحديثة فيختلف الامر باختلاف الشرائع . ففى شريعة الروم الارثوذكس ، يعتبر العجز الجنسى مجرد سبب للتطليق أما فى الشرائع الاخرى فتعتبره ـ اساسا ـ مانعا من موانع الزواج ، يؤدى الى بطلانه .

على ان هذه الشرائع قد تفاوتت فى مدى عنايتها بتنظيم هذا المانع . فقد تكتفى الشريعة الانجيلية بالنص على المبدأ . أما الشرائع الارثوذكسية فقد

عنيت فوق ذلك باعطاء امثلة له . وأما الشريعة الكاثوليكية فقد عنيت بتحديد شروطه (م ٥٨)

ويفهم من فحوى النصوص الوارده فى هذا الشأن فى الشرائع المختلفة ، أن العجز الجنسى يعتبر مانعا من الزواج اذا توافرت شروط ثلاثة (١) :ـ

(١) أن يكون العجز الجنسى قائما وقت الزواج . وهذا الشرط مفهوم فى الواقع من كون المانع يؤدى الى الابطال . ومقتضى هـــذا الشرط ان العجز الطارىء بعد الزواج لا يعتبر سببا للبطلان . على أن مثل هذا العجز الاخير قد يكون مع ذلك سببا للتطليق لدى بعض الطوائف على نحو ما سوف نراه .

(٢) أن يكون العجز مؤبدا بالمعنى السابق . فاذا كان العجز مؤقتا يرجى زواله ، فانه لا يصلح سببا لابطال الزواج . ذلك أن مثل هذا العجز لا يعدو أن يكون مجرد عقبة طارئة يحتم الواجب الزوجى على كل زوج الصبر على الزوج الآخر بشأنها ومعاونته على تخطيها . ويرجع بالطبع فى معرفة طبيعة العجز عـــلى هذا النحو لأهل الخبرة .

(٣) أن يصل العجز الى درجة يتحقق معها الاضرار الجسيم بالطرف الآخر ومثل هذا الاضرار يتحقق فى حالة عدم القدرة على ممارسة الحياة الجنسيه بالمرة . ولكن كثيراً ما تكون ممارسة الحياة الجنسية ممكنة دون أن توصل الى اشباع الرغبة الجنسية الكاملة . وفى هذه الحالة يتعذر القول بتوافر الاضرار الجسيم اللازم لتوافر المانع . ويمكن ان تضرب لذلك امثلة مستمدة من أحكام القضاء .

---

(١) فى هذا المعنى : توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥١١ وما بعدها ، أحمد سلامه المرجع السابق ؟ ص ٤٧ وما بعدها

فسرعة الامناء مثلا لا تعتبر مانعا نظرا لامكان اشباع الرغبة الجنسية للطرف الآخر عن طريق التكرار . وكذلك الشأن فى صغر حجم القضيب ما دام من الممكن الوصول الى المرأة ، أو فى كبر حجمه ما دام الايلاج الجزئى ممكنا .

٨٤ — واذا كانت هذه الشروط الثلاث يلزم توافرها للقول بوجود المانع المؤدى الى البطلان ، فلابد من اثبات توافرها . وقد يكون هذا الاثبات عسيرا ودقيقا الى درجة أن الدليل على قيامه قد تكذبه الحقائق فيما بعد . حقا ان الكشف الطبى قد يمكن من الوصول الى نتيجة محددة كلما كانت هناك علامات عضوية على العجز . ولكن العجز كثيرا ما يكون نفسيا يصعب التأكد منه عن هذا الطريق ، وفى هذا الصدد لا يمكن الاستناد الى الإقرار حتى ولو كان من جانب المريض ، اذ قد يكون الهدف من مثل هذا الاقرار مجرد الخلاص من مبدأ عدم قابلية الزواج للانفصام . ولذلك فلا مناص من التعويل على القرائن فى هذه الحالة (١) .

على أن القرائن يجب أن تؤخذ بدورها بكثير من الحذر . فبقاء بكارة الزوجة مثلا ، يعتبر قرينة على العجز . ومع ذلك فهذه القرينة غير قاطعة ، اذ قد يكون بقاء البكاره راجعا الى ممانعة الزوجة أو الى عدم قابلية غشاء البكار للانفضاض بالطريق العادى وهو الجماع . وعلى العكس من ذلك ففض البكاره يعد قرينة على القدرة الجنسية ، ولكن هذه القرينة بدورها غير قاطعة ، ما دام

(١) انظر في تفصيل ذلك : أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ٤٧٣ وما بعدها

فض البكارة يمكن أن يكون راجعا الى عملية جراحية مثلا أو الى فضها بغير الطريق العادى وهو المعاشرة . والحمل اذا كان يعتبر قرينة على القدرة الجنسية ، فإن عدم الحمل لا يعتبر قرينة على تخلفها ، نظرا لأن الانجاب لا يتبع المباشرة الجنسية بالضرورة . وسكوت الزوجة عن إثارة الموضوع مدة طويلة لا يعتبر قرينة على القدرة الجنسية ، فقد يكون هذا السكوت راجعا الى أمل الزوجة فى زوال العجز فى المستقبل .

المطلب الثالث

القـــرابة

٨٥ — تعتبر القرابة مانعا من الزواج اذا بلغت درجة معينة فى جميع الشرائع . ذلك انه من الثابت ان زواج الاقارب من شانه ان يثمر نسلا ضعيفا سواء من الناحية الجسمانية أو الذهنية . هذا بالاضافة الى أن الأقارب عادة ما يعيشون معا مما قد يؤدى معه زواجهم الى الحرج ، نظرا لأن الآداب المتعارفة فى جميع المجتمعات تعتبر ذوى القربى بالنسبة للشخص محارم له .

وقد ورد مبدأ تحريم الزواج من ذوى القربى فى التوراة بقولها : « لا يقترب انسان الى قريب جسده ليكشف العورة » . كذلك كان تحريم الزواج من ذوى القربى معروفا لدى الرومان . ولم يرد لهذا التحريم ذكر فى الانجيل . لذلك لا نجد سوى اشارات قليلة لدى المصادر الأخرى يتعلق معظمها بقرابة المصاهرة(١) . غير أنه الفقه اللاحق قد سار على هدى التوراة فى تحريم الزواج من ذوى

---

(١) ثروت أنيس الأسيوطى ، المرجع السابق ، ص ٧٨ ومابعدها ، أحمد غنيم ، المرجع السابق ، ص ٩٠ ومابعدها من القسم الثانى .

القربى . بل لقد غالى رجال الكنيسة فى توسيع نطاق هذا المانع فى القرون الوسطى ، تأسيسا على أن التوسع يتفق ومقاصد الزواج . ولذلك نجد المنع لا يقتصر على قرابة الدم وقرابة المصاهرة وانما يمتد كذلك الى القرابة الروحية والقرابة القانونية وما يلحق بها ، على اختلاف فى هذا الشأن بين الشرائع .

٨٦ — أما عن قرابة الدم أو النسب ، فتتفق الشرائع المسيحية فى تحريم الزواج بين من تجمعهم قرابة مباشرة على خط مستقيم مهما كانت درجة هذه القرابة ، سواء كانت قرابة شرعية أو غير شرعية . فيحرم الزواج بين الشخص وبين اصوله وان علوا وبينه وبين فروعه وان نزلوا . أما فيما يتعلق بقرابة الشخص غير المباشرة - قرابة الحواش - فيختلف الحكم باختلاف الشرائع . فالاقباط الارثوذكس يفرقون بين قرابة الشخص بفروع أبويه وقرابته بفروع جديه فبالنسبة لقرابة فروع الابوين - الأخوة والأخوات ونسلهم - لا يقف التحريم عند درجة معينـــة . أما بالنسبة لقرابة فروع الجدين — الأعمـــام والعمات والاخوال والخالات — فيقف المنع عند الدرجة الثالثة . ويقترب الوضع لدى السريان منه لدى الأقباط الأرثوذكس .

أما فى الشرائع الأخرى ، فالعبرة دائما بدرجة القرابة ، سواء كانت قرابة بفروع الابوين أو الجدين . والمنع يقف لدى الروم والأرمن عند الدرجة الخامسة ، ويقف لدى الكاثوليك عند الدرجة السادسة . وأما لدى الانجيليين فقد أوردت قواعدهم تعدادا للمحرمات سواء بسبب قرابة الدم أو بسبب المصاهرة [1] .

---

(١) تنص المادة الرابعة من هذه القواعد على أنه فى حالة خلو الشرائع الروحانية للكنيسة التابع لها الطرفان من نص صريح يحدد درجات القرابة المحرمة للزواج فإنه لا يحل للرجل أن يتزوج بجدته (لأمه ولأبيه)، وبعماته وأمه، وعمته وخالته ، وأخت زوجته ، وأخته (شقيقته) ' وزوجة جده ، وزوجة أبيه ، وزوجة عمه، وزوجة خاله، وزوجة أخيه وزوجة ابن أخيه، وزوجة أبنه (كنته)، وبنت أمه ، وبنت أبيه ، وبنت أخيه ، وبنت أخته ' وبنت أخى زوجته ، وبنت أخت زوجته، وبنته وحفيدته ، وبنت زوجته ' وبنت بنت زوجته ، وبنت ابن زوجته ، وبنت زوجة أبيه ».

٨٧ — وأما عن قرابة المصاهرة فيلاحظ أولا أن هذه القرابة تنشأ عن الزواج الصحيح حتى ولو لم يكتمل بالمعاشرة الجنسية . ويختلف حكم هذه القرابة باختلاف الشرائع .

ففي شريعة الأقباط الأرثوذكس تمنع المصاهرة زواج الرجل من أصول زوجته وفروعها ، وزوجات أصوله وفروعه وأصولهن وفروعهن ، وزوجات أعمامه وأخواله ، وأخت زوجته ونسلها وبنت أخيها ونسلها ، وزوجة أخيه وأصولها وفروعها ، وعمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها ، وأخت زوجة والده وأخت زوج والدته وأخت زوجة ابنه وأخت زوج بنته .

أما عند الكاثوليك فيفرق بين ثلاث درجات من قرابة المصاهرة : القرابة الأصلية بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر من الدم ، وتبطل الزواج دائما على الخط المستقيم كما تبطله حتى الدرجة الرابعة على الخط المنحرف ، والقرابة الأصلية التي تقوم بين أقارب الزوجين من الدم ، وتبطل الزواج حتى الدرجة الرابعة ، والقرابة التي تنشأ عن زواجين صحيحين ، كما إذا أبرم زواج صحيح ثم انحل فتزوج أحد طرفيه من شخص ثالث ، فقامت بذلك قرابة بين هذا الشخص الثالث والطرف الآخر في الزواج السابق وتبطل الزواج في الدرجة الأولى وحدها[1] .

وأما لدى الإنجيليين فقد عددت قواعدهم المحرمات على نحو ما أشرنا إليه .

٨٨ — وأما القرابة الروحية ، فهي القرابة الناشئة عن العماد المقدس بين خادم سر العماد — وهو الأشبين — وبين الشخص المعمد ووالديه . وقد قرر مجمع القصر (٦٩١ ، ٦٩٢) مبدأ مقتضاه أن القرابة الروحية أعظم من اقتران الأجساد مما

(١) أنظر في تفصيل قرابة المصاهرة توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعدها .

ترتب عليه مد هذا المانع فى الخط المستقيم وكذلك فى خط الحواشى . غير أن الاتجاه الحديث يسير نحو الحد من هذا المانع على اختلاف بين الشرائع [١] . فبالنسبة للاقباط الأرثوذكس بينما نجد ابن لقلق يتوسع فيه الى حد كبير ، نجد ابن العسال يتجه إلى الحد من نطاقه ، كما نجد المجموعات الحديثة لاتورد ذكره ضمن موانع الزواج[٢] . وكذلك لم يرد النص على هذا المانع لدى الانجيليين .

وأما بالنسبة للكاثوليك ، فالقرابة الروحية مانع من الزواج بين الاشبين من جهة وبين المعمد ووالديه من جهة أخرى .

٨٩ — وأما عن القرابة القانونية ، فهى القرابة الناشئة عن التبنى . وقد اختلف موقف الشرائع من هذه القرابة . فالتبنى يعتبر من موانع الزواج لدى الأقباط والروم والأرمن الأرثوذكس . وعلى العكس فالتبنى لا يعتبر مانعا لدى السريان . وبالمثل لم يرد نص على اعتباره مانعا لدى الانجيليين . أما الشريعة الكاثوليكية فقد قصرت وجود هذا المانع على حالة وجوده فى التشريع المدنى . ولما كان القانون المدنى لا ينظم مسألة التبنى ، فلا يكون لمثل هذا المانع بالتالى أثر فيه . ومن ثم يمكن القول بأن التبنى لا يعتبر مانعا لدى الكاثوليك المصريين .

ويلحق فقهاء القانون الكنسى بمانع القرابة القانونية الناشئة عن التبنى مسألة أخرى خاصة بالولاية والوصاية ، وتحرم زواج الولى أو الوصى من البنت التى لم تبلغ سن الرشد . وقد تعرضت الإرادة الرسولية لهذا الموضوع وأعطته حكم

---

(١) فى تفصيل هذا المانع أنظر : توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٥٥٧ ومابعدها .
(٢) وقد نص عليه لدى الطوائف الأرثوذكس الأخرى .

القــرابة القانونيه الناشئة عن التبنى . أما مجموعات الاقباط الأرثوذكس فلم تتعــرض له .

ويبدو لنا أنه لا محل من الناحية القانونية للاعتداد بمانع القرابة القانونية فى القانون الوضعى المصرى . فالقانون المصرى يضع تنظيما موحدا للقرابة دون أن يأتى على ذكر هذا النوع من القرابة القانونية . والشريعة الإسلامية — صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية لاتعرف هذا المانع كذلك . وبعبارة أخرى فالقرابة تخضع لقانون موحد لا يعرف فكرة القرابة القانونية على نحو يستحيل معه الإعتداد بما أوردته بعض الشرائع الدينية الخاصة فى هذا الصدد[1].

المطلب الرابع

العـــدة

٩٠ — لعله من الطبيعى أن يشترط انقضاء مدة معينة بعد انقضاء زواج المرأة لامكان إرتباطها بزواج جديد . ذلك مايقتضيه حفظ الانساب .

وقد إختلف موقف الشرائع المسيحية من مسألة العدة . فالشرائع الأرثوذكسية جميعا تحرم الزواج فى الفترة اللاحقة على انقضاء الزواج السابق ، وتحدد هذه الفترة تحديدا متقاربا . فالشريعة القبطية تحددها بعشرة أشهر ميلادية من تاريخ إنقضاء الزوجية السابقة بالوفاة أو التطليق أو الابطال ، دون تفرقة فى هذا

---

(١) فى هذا المعنى : سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ .

ويلاحظ أن المصادر الأولى لشرائع بعض الطوائف - كالسريانية والأرمنية والقبطية - قد عرفت قرابة الرضاع تأثرا بالشريعة الإسلامية . غير أن هذا المانع لم يرد ذكره فى المجموعات الحديثة لهذه الطوائف ، اللهم إلا الطائفة السريانية حيث يعتد به حتى الدرجة الخامسة .

الشأن بين ما إذا كانت المرأة من ذوات الحيض وما إذا لم تكن كذلك لصغر سنها أو لبلوغها سن اليأس . على أن هذه الشريعة قد عنيت كذلك بتخويل المجلس الملي الحق فى أن يأذن بتخفيضها متى ثبت من ظروف الحال بصفة قاطعة أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور . وقد اصبح هذا الحق فى انقاص المدة من اختصاص المحكمة بعد الغاء المجالس الملية . وقد جاءت الاحكام الخاصة بالروم والسريان مماثلة للاحكام الخاصة بالاقباط . أما الاحكام الخاصة بالارمن فهى تجعل مدة العدة ثلاثمائة يوم .

وإذا كان ذلك هو الاصل العام لدى الشرائع الارثوذكسية ، فان هـذه الشرائع تتفق على أن الحامل تعتد حتى وضع حملها بعد وفاة زوجها أو فسخ عقد الزواج على نحو ما هو معمول به فى الشريعة الاسلامية .

أما الشريعتين الكاثوليكية والبروتستانتية فهما لا تتعرضان من الاصل لمسألة العدة مما يفهم معه أن العدة ليست مانعا للزواج بعد انقضاء الزواج السابق (١) ولكن هذه النتيجة تبدو فى الواقع مخالفة للنظام العام الذى يفرض مدة عدة مناسبة لمنع اختلاط الانساب (٢) . ولذلك يمكن القول بضرورة اعتداد المرأة

---

(١) انظر موقف الطوائف الكاثوليكية المختلفه من مسألة العدة قبل الارادة الرسوليه ، أحمد غنيم ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ من القسم الأول . ويلاحظ فى هذا الصدد أنه لم يكن من بينها من يأخذ بهذا المانع سوى الأقباط الكاثوليك.

(٢) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٤١ ، أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ٤٦٨ عكس ذلك ، شفيق شحاته ، المرجع السابق ، جـ ٧ ، ص ١٥ .

الكاثوليكية أو البروتستانتية بعد انقضاء زواجها حتى تستطيع الزواج من جديد. ولكن الخلاف يمكن أن يثور بصدد تحديد مدة العدة فى هـــذه الحالة . فيمكن القول بتطبيق أحكام الشرائع الارتوذكسية فى هذا الصدد ، خاصة وانها تماثل ما تقضى به التشـــريعات الحديثة (١) . ويمكن القول كذلك بتطبيق الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة على اساس انها الشريعة الواجبة التطبيق كلما خالفت الشرائع الخاصة النظام العام (٢) . ويبدو لنا أن هذا القول الاخير هو الذى يمكن أن يؤدى اليه احكام القانون الوضعى .

المبحث الثانى

الموانع المتعلقة بالاعتبارات الدينية

٩١ — ترجع بعض موانع الزواج إلى المبادىء التى تقوم عليها الديانات أو إلى الاخلاق الدينية بصفة عامة. هذه الموانع فى الشرائع المسيحية هى الارتباط بزوجية قائمة ، واختلاف الدين أو الملة ، بالاضافة إلى الكهنوت والرهبنة فى بعض الشرائع .

المطلب الاول : الارتباط بزوجية قائمة .

المطلب الثانى : اختلاف الدين أو الملة

المطلب الثالث : الكهنوت والرهبنة .

---

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٣٩ .

(٢) فى هذا المعنى ، عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق، ص ١٢٣ ، جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ . أحمد سلامه ، المرجع السابق، ص ٤٦٨

المطلب الاول

الارتباط بزوجة قائمة

٩٢ - يقوم الزواج المسيحى ، كما قدمنا ، على مبدأين أساسيين هما : مبدأ الوحدة ، ومبدأ عدم القابلية للانفصام . وهذين المبدأين يستمدان مباشرة من الانجيل حيث يقول المسيح عليه السلام : « أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكرا وأنثى .... من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً . اذن ليسا بعد اثنين بل جسد واحد » . وترتيبا على ذلك ، تتفق الشرائع المسيحية جميعا فى اعتبارها ارتباط الشخص بالزواج مانعامن ابرام زواج آخر جديد .

والواقع أن هذا الوضع يفسره أن الزواج فى المسيحية وضع ادنى من البتولية . فهذا المفهوم يقتضى قصر الزواج على القدر الضرورى حتى لا ينقلب من وسيلة للانجاب إلى اداة لجلب المتعة (١) .

---

(١) الأنبا شنوده ، شريعة الزوجة الواحدة فى المسيحية ، القاهرة ١٩٦٧ ، ص ٩٧ ، ما بعدها ومع ذلك فالبعض يلاحظ أن القول السابق للمسيح عليه السلام لا يؤدى إلى تحريم تعدد الزوجات ، وأنه قد جاء اجابة على سؤال وجه إليه عما إذا كان يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب ، وأنه لا يفيد سوى تحريم الطلاق إذا كان سببه ابرام زواج جديد (انظر فى ذلك ، أحمد غنيم ، المرجع السابق ، ص ٤٥ وما بعدها من القسم الأول

كذلك يلاحظ هذا البعض أن النصوص اللاحقة تدل على تحريم التعدد بالنسبة لرجال الدين وحدهم (المرجع السابق ، ص ٤٨ وما بعدها) . وأن الكنيسة المسيحية كانت تعترف بالتعدد فى عصرها الاول (المرجع السابق ، ص ٥٢ ، مابعدها ثم بدأ مانع التعدد يظهر شيئا فشيئا بعد ذلك ابتداء من القرن الرابع (المرجع السابق ، ص ٤٥ ومابعدها) .

ومن الواضح أن قيام هذا المانع المؤقت يفترض ارتباط الشخص بزواج صحيح قائم (١) فاذا كان الشخص مرتبطا بزواج باطل فلا يقوم هذا المانع . ذلك أن البطلان متى تقرر فانه يزيل الزواج بأثر رجعى . وكذلك الشأن إذا كان الشخص مرتبطا بزواج انحل لسبب من الاسباب كموت الزوج الآخر ، مع مراعاة فترة العدة بالطبع بالنسبة للزوجة . فاذا كان الشخص مرتبطا بزواج صحيح قائم ، فان المانع يقوم حتى ولو لم تحصل معاشرة بين الزوجين ، اذ أن العبرة فى قيام الزواج كما سوف نراه بتوافر الرضاء الصحيح وليس بالدخول الحقيقى .

ويلاحظ فى هذا الشأن أنه اذا كان بطلان الزواج السابق او انحلاله يؤدى الى زوال المانع فلا بد ان يكون البطلان او الانحلال ثابتا على وجه يقينى سواء عن طريق حكم قضائى او عن طريق دليل آخر قطعى . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٥٩ من الارادة الرسولية بقولها : « وان كان الزواج السابق باطلا أو انحل لأى سبب كان فلا يجوز عقد زواج آخر قبل ان يثبت يقينا وعلى وجه شرعى ان الزواج باطلا او انه انحل » .

ويدق الامر فى هذا الصدد فى حالة غيبة احد الزوجين . ذلك ان الغيبة بذاتها لا تزيل المانع وانما يلزم لذلك ثبوت موت الغائب . ولا شك ان مثل هذا الوضع يخفف منه ان بعض الشرائع كشرائع الأرثوذكس تجيز التطليق للغيبة مما يمكن معه القول بزوال المانع بصدور حكم بمثل هذا التطليق .

ومع ذلك فالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجيز للقاضى الحكم باعتبار المفقود

---

(١) يلاحظ أن الخطبة كانت مانعا مؤقتا من الزواج فى الفقه الكنسى القديم . ولكن هذا المانع لا أثر له فى القانون الكنسى المعاصر . راجع فى هذا الصدد ، أحمد غنيم ، المرجع السابق ، ص ١٦ وما بعدها من القسم الأول .

ميتا إذا ما ترجح لديه من ظروف الحال احتمال موته على احتمال حياته ، ويجعل من مضى اربع سنوات على فقده فى ظروف يغلب معها الهلاك قرينة على موته ، كما ينص على وجوب إعتداد زوجة المحكوم بموته عدة الوفاة ، مما يدل على أن الزواج ينحل بالموت الحكمى كما ينحل بالموت الحقيقى ولما كانت المادة ٢٢ من القانون المدنى تجعل هذا الحكم عاما يسرى على جميع المصريين ، فانه يتعين القول بانقضاء زواج المسيحى المفقود فى جميع الاحوال بصدور الحكم باعتباره ميتا ، على نحو يزول معه مانع الزوجية ويكون لزوجته الحق فى الزواج من جديد [1] . على انه قد يتبين بعد صدور الحكم باعتباره ميتا ، أنه حى يرزق .. فإن كان هو الزوج ، عادت اليه زوجته إن كانت لم تتزوج بعد . فإن كانت قد تزوجت فتعود اليه كذلك إذا لم يكن زوجها الثانى قد دخل بها يفسخ الزواج الاخير اما إذا كان قد دخل بها فتظل على ذمته ما لم يكن سىء النية . وفى هذه الحالة تعتبر الزوجه مرتبطة بزواجين مما يتعين معه فسخ الزواج الأول .

اما اذا كان المحكوم باعتباره ميتا هو الزوجة ، فإنها تعود لزوجها إن لم يكن قد تزوج من جديد . فإن كان قد تزوج فتطبق قواعد الشريعة الاسلامية لعدم وجود نص فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ومقتضى هذه القواعد بقاء الزواج الثانى ، سواء كان الزواج قد دخل بزوجته الثانية أو لم يكن دخل بها [2] .

٩٣ — ويلاحظ ان المادة ٥٩ / ١ من الاراده الرسولية للكاثوليك تقضى بأنه « اذا ارتد كافــر الى الايمان بالمسيحية وكان متزوجا ، وبقى الزوج

---

(١) فى هذا المعنى ؟ سمير تناغو ، حسام الاهوانى ، المؤلف السابق ، ص ٣٣٩ وما بعده . قارن : شفيق شحاته ، ج ٧ ص ١٤

(٢) انظر تفصيل ذلك : احمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ٥٥٤ وما بعدها .

الآخر فى الكفر ، فيمكن الزوج المرتد أن يعقد زواجا جديدا ويبطل العقد الاول بمجرد ابرام العقد الجديد » .

كذلك يلاحظ أن الشرائع المسيحية تكره تعدد الزوجات بصفة عامة ولو على سبيل التعاقب . لذلك فقد كانت كثير منها تمنع الزواج بعد المرة الثالثة بالرغم من عدم الجمع بين أكثر من زوجة ، ولا يزال هذا المانع منصوصا عليه لدى الروم الارثوذكس . ويذهب البعض بحق الى ان مثل هذا المانع محل نظر لتعارضه مع حرية من حريات الفرد الاساسية المتعلقه بحقه فى الزواج (١)

المطلب الثانى

اختلاف الدين أو الملة

٩٤ — قد يتم الزواج بين شخصين مسيحيين مختلفى المذهب ، وقد يتم بين شخص مسيحى وآخر من ديانة أخرى . ويبدو أن التفرقة بين هاتين الحالتين تقوم على اساس العماد ، على الاقل لدى الطوائف الكاثوليكية . فاذا كان الشخصان معمدين لم يكن هناك محل لاختلاف الدين وان بقى هناك محل لاختلاف الملة .

وإذا كان أحدهما معمد والآخر غير معمد كان هناك محل لإختلاف الدين وقد ورد هذا المانع فى الانجيل ولا يستفاد منه ان زواج المسيحى بغير المسيحى باطل ، وانما يستفاد منه أنه مكروه وفى ذلك يقول بولس الرسول : « لاتكونوا قرناء الكفر فى شىء ، فانها أية شركة بين البر د الاثم وأية مخالطة للنور مع الظلمة »

وقد جرى أباء والكنيسة بالفعل على التسامح فى الزواج بين المسيحى وغير المسيحى فى العصور الأولى نظرا لقلة عــــدد المسيحيين وتوزعهم فى أوساط لاتدين بالمسيحية . فلما عم الدين المسيحى اتجه هؤلاء الى التشدد . وقد ظهر هذا

(١) فى هذا المعنى : توفيق فرج ص ٥٣٠ وما بعدها.

التشدد في المجامع الأولى في صورة فرض عقوبات كنسية على الاخلال بواجب عدم الاقتران بغير المسيحي، ثم انتهى الأمر بعد ذلك الى جعل[1] اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج، وقررت بطلان زواج المسيحي من غير المسيحي . ومع أشتداد حدة الشقاق بين المذاهب المسيحية، أمتد المانع الى الاختلاف في المذهب وقد ظهر هذا التوسع في ضد مجمع اللاذقية قبل أن يستقر في مجمع خالقيدونيـــا سنة ٤٥١م.

غير أن حكم أختلاف الشرائع المسيحية الحديثة يختلف باختلاف هـــذه الشرائع فلدى الكاثوليك يعتبر الزواج في حالة اختلاف المذهب محرما، بينما يعتبر الزواج في حالة أختلاف الديانة باطلا . على أن ذلك لا يمنع من الاعفاء من المانع بترخيص من الرئاسة الدينية، وفقا لإجراءات خاصة نصـــت عليها الارادة الرسولية، لأن اختلاف الدين لا يتعلق بالقانون الطبيعي على نحـــو ما سوف نراه.

أما لدى الاقباط الارثوذكس فقد نصت المادة ٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ على أنه لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطيـــة الارثوذكسية الا بين مسيحيين أرثوذكسيين، مما يفهم معه أن اختلاف الدين والملة كلاهما يؤدى الى بطلان الزواج. وتقترب من ذلك أحكام الشرائع الارثوذكسية الاخرى .

أما لدى الانجيليين، فلا يحـــرم الزواج بين مختلفى الملة ما دام قد تحقق الاتحاد في الديانة، اخذ بروح الإنجيل على نحو ما رأينا - وفي هذا الصدد تنص المادة ١١ من مجموعة الانجيليين على أنه « لأجل أن يكون الزواج صحيحا يجب أن يكون مستوفيا للشرائط المقررة لدى الكنيسة التابع لها الطرفان . أما إذا كان الطرفان تابعين لكنيستين مختلفتين، فيجب أن يكون مستوفيا لكامل شروط الصحة المتبعة لكل من الكنيستين » .

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك، احمد غنيم، المرجع السابق، ص ٢٢٥ ومابعدها من القسم الاول .

٩٥ — على أنه يلاحظ بالنسبة لهذا المانع أن اختلاف الديانة أو الطائفة يؤدى إلى الخروج من ولاية الشرائع الخاصة والخضوع لولاية الشريعة الاسلامية ومن ثم فان بطلان أو صحة الزواج بين مسيحيين من ملتين مختلفتين أو بين مسيحى وغير مسيحى لا يجب أن يتقرر وفقا لأحكام شريعة أحد الطرفين أو الآخر، وانما لأحكام الشريعة الإسلامية. وفى هذا الصدد لا نجد فى الشريعة الاسلامية ما يحول دون صحة مثل هذا الزواج ما لم تكن الزوجة مسلمة فى الصورة الأخيرة حيث لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم [1].

ولعل هذه النتيجة، التى تؤدى اليها الشريعة الاسلامية فيما يتعلق باختلاف المذهب، تتفق مع الواقع العملى من زواج المسيحيين من مذاهب مختلفة.

المطلب الثالث

الكهنوت والرهبنة

الكهنوت

٩٦ — الكهنوت هو تفرغ الشخص لخدمة الدين فى وظيفة معينة.

---

(١) ويلاحظ أن البعض يجيز الحكم بالتطليق للفرد اذا ارتد أحد الزوجين عن الديانة المسيحية بعد قيام الزوجية، ولو كان ارتداده إلى الاسلام، تطبيقا لحكم المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، تأسيسا على أن الضرر يقع فى حالة قيام الزوج بالتأثير فى زوجته رغما عن ارادتها وحريتها مما يتعذر معه المعيشة بين أمثالهما بسبب التدخل فى عقيدتها وفى حريتها فى التفكير (ايهاب اسماعيل، انحلال الزواج فى شريعة الاقباط الارثوذكس، ص ٢٤١). ومع ذلك فالبعض يلاحظ ان المقصود بالضرر فى هذا الصدد هو الضرر فى نظر الشريعة الإسلامية لا الضرر فى نظر الشريعة المسيحية (شفيق شحاته، المرجع السابق، ج ٤، ص ٩٠).

ووظائف الكهنوت لها درجات يعلو بعضها بعضا حتى تصل إلى رئاسة عليا واحدة. ولم يرد فى الانجيل نص على تحريم زواج الكاهن ، وإن وردت نصوص تحض على عدم الزواج حتى يتفرغ الكاهن لعمله الدينى ، من ذلك قول بولس الرسول فى رسالته الاولى إلى أهل كورنتس ، وأما البتولية فليس عندى فيها وصية من الرب ، لكنى أفيدكم فيها مشورة بما أن الرب رحمنى أن أكون أمينا فأظن أن هذا حسن لاجل الضرورة الحاضرة ، إنه حسن للانسان أن يكون هكذا ، وقوله فى هذه الرسالة ذاتها ، إنى أريد أن تكونوا بلاهم ، فان غير المتزوج يهتم فيما للرب كيف يرضى الرب وأما المتزوج يهتم فيما للعالم كيف يرضى إمرأته فهو منقسم ، .

على أن النصوص التالية بدأت تضع القيود شيئا فشيئا على زواج الكاهن ؛ كحرمانه من الزواج من فئات معينة (الأرامل والمطلقات والجوارى مثلا) وحرمانه من الزواج بعد زواجه الأول وقد انتهت المجامع الاولى إلى تقرير اسقاط صفة الكهنوت عن الكاهن الذى يتزوج ، مع اقرار حق الكاهن المتزوج قبل رسامته فى الاستمرار على معاشرة زوجته (٢) .

على أن الشرائع المسيحية قد أخذت كل منها بعد ذلك وجهتها المستقلة .

فأما الاقباط الإرثوذكس فقد استقر عرف الكنيسة لديهم على الاحكام التى تضمنتها المصادر الاولى فالزواج السابق لا يمنع من الانخراط فى سلك الكهنوت اللهم إلا بالنسبة للاسافقة غير أن الأعزب اذا ما انخرط فى هذا السلك فلا يجوز

---

(١) شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ٦ ومابعدها .

له أن يتزوج . ومع ذلك فمخالفة الكاهن لهذا التحريم لا يترتب عليها بطلان الزواج ، وإنما مجرد اخراج الكاهن من سلك الكهنوت .

أما لدى غير الاقباط من الارثوذكس، فلا يعتبر التعيين فى الوظائف الكهنوتية مانعا من الزواج، الا بالنسبه للروم الذين أقروا ما انتهى اليه جستنيان من اعتبار الكهنوت مانعا .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية فقد تأثرت بما انتهى اليه الامر فى الغرب من إعتبار التعيين فى الوظائف الكهنوتية من درجات معينة مانعا من الزواج بالمعنى الدقيق ، ولذلك فمخالفة هذا المانع تؤدى الى إبطال الزواج لا الى مجرد الفصل من سلك الكهنوت كما هو الحـــال لدى الاقباط الارثوذكس . وقد نصت على ذلك المادة ٦٢ من الإرادة الرسولية بقولها « ١- باطل الزواج الذى يحاول عقده الأكايركيون ذو الدرجات الكبرى ٢- وتطبق على درجة الشماس الرسائلى (نائب الشماس) عين القوة التى للدرجات الكبرى فى إبطال الزواج » .

وأما بالنسبة للبروتستانت، فرجل الدين كما سبق أن عرفنا رجل عادى مثله فى ذلك مثل سائر الناس ، اللهم إلا فيما يتعلق بتخصصه فى خدمة الدين . ولذلك فرجل الدين يحق له الزواج تماما كما هو الحال بالنسبة لغيره من الناس .

الرهبنـــة :

٩٧ — والرهبنة من النظم الأساسية فى المسيحية . وتتمثل الرهبنة فى نذر يقطعه الشخص على نفسه بأن يتجرد من ملذات الدنيـــا وشهواتها مؤثراً عليها حياة الزهد والخدمة العامة . ويتضح من هذا المفهوم للرهبنة أنها تتناقض مع الزواج باعتباره من الملذات الدنيوية . لذلك فقد تقرر منذ القدم فى مجمع أنقرة

أن من نذر نفسه للرهبنة ولم يحفظ عهده يأخذ حكم من يتزوج إمرأتين. كما ذهب بعض رجال الكنيسة إلى إعتبار زواج الراهب بمثابة زنا . وتقرر كذلك فى مجمع أنقرة عقاب الراهب الذى يتزوج بالحرمان والطرد من عداد المؤمنين .

ومع ذلك فأثر الرهبنة على الزواج يختلف باختلاف الطوائف(١) .

وأول ما يلاحظ فى هذا الشأن أن الإنجيليين لا يعترفون بالرهبنة. ولذلك لاتثور مسألة إعتبار الرهبنة مانعا من الزواج لديهم .

أما الأقباط الأرثوذكس فمجموعاتهم الفقهية تختلف فى شأن حكم زواج الراهب . فابن لقلق يرى أن زواج التارك لرهبانيته مكروه ، إلا أن الزواج لا يمنع لهذا السبب . وعلى العكس من ذاك يبدو أن ابن العسال يعتبر أن الرهبانية من موانع الزواج ، ويعتبر أن من يتزوج بعد نذر البتولية حكمه حكم من يتزوج إمرأتين . أما واضع الخلاصة القانونية فهو أصرح من ذلك فى إعتبار الرهبانية من الموانع المبطلة للزواج ، إذ يقرر فى المسألة ٢٥ أن الزيجة إذا عقدت مع الارتباط بشكل الرهبنة فان هذا يوجب الفسخ على كل حال سواء كان الاقتران قد حصل بعلم وتراض أو بغش وجهالة، إذ لايجوز عقد الزواج الشرعى مع هذا السبب . ويبدو أن واضعى المجموعات الحديثة قد تأثروا برأى ابن لقلق فلم ينصوا على الرهبانية بين موانع الزواج باعتبارها نظام اختيارى يجوز العدول عنه وأن الزواج يعنى العدول عن الرهبنة .

على أن الامر ليس كذلك عند بعض الطوائف الأرثوذكسية الأخرى ،

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : أحمد غنيم ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ وما بعدها من القسم الأول ،

كالأرمن والسوريان. فالرهبنة لديهم تعتبر مانعا قطعيا يترتب عليه بطلان الزواج .

أما عند الكاثوليك فتعتبر الرهبنة مانعا من موانع الزواج بالمعنى الدقيق الذى يؤدى إلى البطلان عند مخالفته . على أنه يفرق فى هذا الصدد بين النذر البسيط الذى يقطعه الانسان على نفسه ، دون أن يكون ذلك أمام الكنيسه ، وبين النذر الرسمى أو الاحتفالى الذى يقطعه الانسان على نفسه أمام الكنيسة ووفقا للاجراءات الدينية المتبعة فى ذلك فالمفهوم من نصوص المواد ٤٨ ، ٦٣ من الارادة الرسولية أن الأول يعتبر من الموانع المحرمة التى لا يترتب عليها البطلان مالم يصدر مرسوم خاص من الكرسى الرسولى يرتب هذا البطلان ، وأن الآخير يعتبر من الموانع المبطلة التى ترتب بطلان الزواج .

على أن التساؤل يثور حول مدى إمكان إعمال هذا المانع فى القانون الوضعى المصرى . الأمر يتوقف بطبيعة الحال على مدى موافقته للنظام العام . وقد سبق أن رأينا أن النظام العام فى مسائل الأحوال الشخصية يتحدد على أساس قواعد الشريعة الإسلامية الأساسية من ناحية ، والقواعد المتعلقة بالمصالح العليا للمجتمع من ناحية أخرى .

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقر نظام الرهبنة بالنسبة للمسيحيين ، فإن مجال التساؤل يصير منحصرا فى معرفة مدى إتفاق مانع الرهبنة مع القواعد المتعلقة بالمصالح العليا للمجتمع .

وقد ثار مثل هذا التساؤل فى القضاء بصدد البحث فى مشروعية ما يقضى به نظام الرهبنة من خروج الراهب عن ملكه لمجرد إنخراطه فى سلك الرهبنة ، واختلفت فى شأنه أحكام المحاكم. فذهب إتجاه إلى عدم مشروعيته تأسيسا على أن حق التملك من الحقوق الشخصية التى لا يجوز النزول عنها لتعلق مدلها بالحالة

الشخصية بالنظام العام[1]. وذهب إتجاه آخر إلى مشروعيته أخذاً بما أستقر عليه العرف[2] . وقد إنتصرت محكمة النقض للأتجاه الأخير مستندة قضائها إلى إعتراف النظام القانونى المصرى بالرهبنة [3] .

المبحث الثالث

الموانع المتعلقة بالاعتبارات العقابية

المصادر الأولى :

٩٨ — يعتبر إرتكاب جريمة الزنا أو جريمة القتل الواقعة على الزوج السابق لمن يراد الزواج به مانعا من موانع الزواج . ويبرر هذا المانع فكرة الطهر العام التى تستلزم بطلان كل زواج يتصل بالفضائح من ناحية ، وفكرة عقاب الخاطى بمنعه من الإفادة من خطئه من ناحية أخرى .

وقد ورد بالعهد القديم « إمرأة زانية أو مدنسة لا يأخذوا ،ولا يأخذوا إمرأة مطلقة من زوجها » وجاء بإنجيل متى قول المسيح عليه السلام « من طلق إمرأته إلا لعلة الزنا وأخذ أخرى ، فهو زنا ، ومن تزوج مطلقه فهو زنا » . كما جاء فى رسالة ابولس « قد كتبت اليكم ألا تخالطوا الزناة ... أى إن كان أحد يسمى أخا زانيا ... فمثل هذا لا تؤاكلوه » . ويتضح من هذه النصوص - على نحو ما تشير إليه المجموعات الفقهية الأولى - أن الزانية إذا طلقت فلا يجوز لرجل

---

(١) استئناف القاهرة ، ١٩٣١/٤/٩ ، المحاماه ، س ١٢ ، ص ٧٤٦ .

(٢) استئناف القاهرة ، ١٩٣١/٣/١٥ ، المحاماة ، س ٢١ ، ص ٧٤٤ .

(٣) نقض ١٩٤٢/٥/١٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، ص ٣٢٤ ، بند ٦٥ ،

أن يتزوجها بعد تطليقها لعلة الزنا. ولكن لا يفهم منها أن الزنا يجعل الزواج باطلا غير أن المصادر اللاحقة قد جرت بعد ذلك على إعتبار الزنا مانعا مبطلا للزواج تأثراً بالقانون الرومانى الذى يبطل زواج الزانية من شريكها فى الإثم ، ثم إختلفت الشرائع بعد ذلك فى مدى إعتدادها بهذا المانع .

أما القتل فلم تعرفه الشرائع المسيحيه كمانع للزواج إلا فى وقت متأخر . وقد إختلط فى بعضها بمانع الزنا ، مكونا بذلك مانعا أعم هو مانع الجريمة . ولذلك رأينا الإشارة إلى هذين المانعين فى إطار واحد .

وتختلف الشرائع المسيحيه الوضعيه فى مدى إعتبارها كلا من الزنا والقتل من موانع الزواج .

الشريعة الكاثوليكية :

٩٩ — أما الشريعة الكاثوليكية فقد صار التطور فيها على نحو تلاشى معه مانع الزنا ، تأسيسا على أن زواج الزانية بشريكها يؤدى إلى تصحيح العلاقة غير المشروعة وإختفاء الشرعية عليها . غير أنه لوحظ بعد ذلك أن العلاقة بين الزوج الزانى وشريكته قد تؤدى إلى الإعتداء على حياة الطرف الآخر فى العلاقة الزوجية تخلصا منه ، وتمكينا من الزواج بالشريك فى الزنا . ولذلك فقد ظهر المانع من جديد سدا لهذا الخطر وفى صورة جديدة لا تقف عند فكرة الزنا فى ذاتها وإنما عند فكرة الجريمة[1] وقد ورد حكم هذا المانع الجديد فى الارادة الرسوليه .

فالمادة ٦٥ من الارادة الرسولية الخاصه بالكاثوليك تحدد صورا ثلاثة لا يقوم هذا المانع إلا بتوافر إحداها . فأما الصورة الأولى ، فهى صورة الزنا

(١) شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٦٠ وما بعدها .

الذي يتصل به وعد بالزواج أو شروع فيه . وتستلزم هذه الصورة وقوع الزنا بمعنى الاتصال الجنسي بمن يكون مرتبطا بزواج قائم ، بالاضافة إلى توافر وعد بالزواج بين الزوج الزاني والطرف الآخر في الزنا، أوشروع في مثل هذا الزواج . ومن الواضح أن مانع الزنا في هذه الحالة مانع نسبي يقتصر على الشريك في الزنا دون غيره . ويلاحظ فى هذا الصدد أن الشريعة الكاثوليكية لاتعرف الطلاق للزنا. لذلك فالمفروض أن هذا المانع يتعلق بحالة ماإذا انقضت الزوجية الأولى بالوفاة .

أما الصورة الثانية فهي صورة القتل الذي لايصاحبه زنا . والمانع في هذه الحالة كذلك مانع نسبي يقتصر على زوج القتيل . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون هناك ظرف مشدد يتمثل في تعاون زوج القتيل الذي يراد الزواج به مع القاتل تعاونا ماديا أو أدبيا .

وأما الصورة الثالثة فهي صورة الزنا مع قتل الزوج . وتفترض هذه الصوره أن يزني شخص بشخص متزوج ثم يقتل أحد طرفي الزنا زوج الطرف الآخر بقصد الزواج من شريكته في الزنا ، ويلاحظ في هذه الصوره توافر كل من الزنا والقتل مع اعتبار كل منها ظرفا مشددا للآخر ، كما يلاحظ ان المانع هنا مانع نسبي كما في الصورة السابقة .

الشرائع القبطية الأرثوذكسية

١٠٠ — أما في الشريعة القبطية الأرثوذكسيه ، فقد اورد ابن لقلق « ولا يتزوج ... بالثانية في الزنا المشهورة به » . كما أورد ابن العسال بين الزيجات الممنوعة « الزيجه بالتي يثبت عليها الزنا والمطلقة لما يوجب الطلاق » . ويتضح من هذه النصوص أن الزنا يعتبر مانعا مبطلا ليس فقط بالنسبة للشريك ولكن كذلك

بالنسبة لغيره ، كما يتضح منها ان المطلقة لا يوجب الطلاق تأخير حكم الزانية في هذا الصدد .

وقد نصت المادة ٢٧ من مجموعة ١٩٥٥ على أنه « لا يجوز زواج من طلق لعلة الزنا الا بعد تصريح الرئيس الدينى الذى صدر الحكم فى دائرته . ولا يجوز زواج القاتل بزوج القتيل » ويفهم من هذا النص أن المانع يقوم فى حالتين :
أما الحالة الاولى فهى حالة زواج من طلق لعلة الزنا . وفى هذه الحالة يظل المانع قائما ما لم يصرح الرئيس الدينى بالزواج ، اذا ما تحقق من توبة الزانى مثلا . كذلك فالمنع فى هذه الحالة منع مطلق لا يقتصر على الزواج بالطرف الآخر فى الزنا مما يبدو معه ان نطاقه يتجاوز الحكمة منه . ولذلك يرى البعض بحق أن هذا المانع يبدو ـ من هذه الزاوية ـ مخالفا لحرية الزوج على نحـــو يجعله مخالفا للنظام العام (١) .

أما الحالة الثانية فهى حالة القتل ـ وفى هذه الحالة لا يقوم المانع الا فى علاقة القاتل بزوج القتيل ولم يشترط النص اتصال القتل بالزنا أو بظرف مشدد آخر كما هو الحال لدى الكاثوليك .

أما لدى الروم الأرثوذكس فيعتبر مانعا الزنا بين مرتكبيه اذا كان هناك حكم صدر بشأنه وأثبته » (م ٣ / و) . والمانع هنا نسبى يقتصر على الزواج الذى يزمع طرفا علاقة الزنا ابرامه . وقريب من ذلك السريان . اما لدى الكلدان فزنـــا الزوجة . وحدها . مانع من الزواج بشريكها أو بأى رجـــل آخر . وأما لدى الأرمن فلا أثر لهذا المانع .

---

(١) حسام الإهوانى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ .

ويلاحظ بصفة عامة عدم وجود أثر مانع القتل فى هذه الشرائع المتقدمة .

وأما شريعة الانجيليين فلم تنص على اعتبار الزنا مانعا من الزواج لصعوبة اثبات الزنا على ما يبدو (١) . غير ان الزنا ، كما سوف نراه ، يعتبر سببا للطلاق إذا ما وقع بعد الزواج .

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ .

الفصل الثانى

الخطبـــــــــة

١٠١ ـ لم يعد الزواج ارتباطا بين اسرتين بقصد توثيق اواصر المودة والتعاون بينهما ، وانما صار ارتباطا بين شخصين هدفهما الاول والاخير انشاء اسرة جديدة متفاهمة ، ولذلك كان من الاهمية بمكان ان يتعرف كل من الزوجين المستقبلين على الآخر قبل الزواج خلال ما يسمى بفترة الخطبة .

والخطبة على هذا النحو لها اهميتها الكبيرة فى تجنب التسرع فى الارتباط بالزواج . وهذه الاهمية تبدو بصفة خاصة فى الشرائع المسيحية ، نظرا لأن الزواج المسيحى متى تم ابرامه استحال التخلص منه بارادة احد الطرفين أو حتى باتفاقهما .

والخطبة بهذا المفهوم السابق مرحلة سابقة على ابرام الزواج تستقل عنه ولا تختلط به ، غير أن الشرائع المسيحية قد عرفت خلال تطورها ـ نوعا من الارتباط يتجاوز فى قوته الارتباط الناشىء عن الخطبة ، ويعتبر لذلك مرحلة من مراحل الزواج اكثر منه مقدمة له سابقة عليه [1] .

فقد عرفت الكنائس البيزنطية منذ البداية ـ وتحت تأثير القانون الرومانى ـ التمييز بين الخطبة كمجرد وعد بالزواج وبين الزواج ذاته . غير أن هذه الكنائس لم تلبث ان احاطت الخطبة بنوع من المراسم التى تحيط بها الزواج . وقد كان من نتيجة ذلك ان اخذت تشترط فى الخطبه ما يشترط فى الزواج ذاته ، كما اخذت ترتب عليها ما يترتب عليه من آثار . وعلى هذا النحـــو اصبحت الخطبة مرحلة من مراحل الزواج الذى صار يتم على مرحلتين ، مرحلة الخطبة الرسمية ومرحلة التكميل . فالمرحلة الاولى ترتب جميع آثار الزواج فيما عدا المخالطة الجسدية . والمرحلة الثانية ترتب هذا الأثر الاخير . وقد انتهـــى الأمر الى ان اصبحت طقوس المرحلتين تتمان فى يوم واحد على نحو فقدت معه الخطبة تماما وظيفتها التقليدية كتمهيد للزواج .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك ، شفيق شحاته ، م ١ ، ٥٣٠ وما بعدها ، توفيق فرج المرجع السابق ، ص ٢٦٢ وما بعدها .

على أنه إذا كانت الخطبة الدينية قد صارت مرحلة من مراحل الزواج لدى الكنائس البيزنطية ، فقد بقيت الخطبة البسيطة — التى لا تتم فى الشكل الدينى — تؤدى دورها التقليدى ، وتحتفظ بآثارها كمجرد مقدمة للزواج لا تختلط شروطها بشروطه ولا ترتب أيا من آثاره ، وإن كانت ترتب الالتزام بالتعويض عند العدول عنها دون سبب مشروع .

أما الكنائس الكلدانية ، فقد ظلت الخطبة لديها دائما متميزة عن الزواج بمراحله المختلفة ، فقد عرفت هذه الشرائع التمييز بين كل من الخطبة والعقد والتكليل فى سلسلة الارتباطات المتممة للزواج .

فأما الخطبة فتتم بتسليم المخطوبة خاتم الخطوبة فى حضرة الكاهن ، مع بعض الاحتفالات الدينية ، ويمكن الرجوع فيها مع التعويض فى حالة ما إذا كان سبب الرجوع غير مشروع .

وأما العقد فيتمثل فى تبادل الرضاء على الزواج ، ويرتب جميع آثار الزواج فيما عدا المخالطة الجسدية .

أما التكليل فهو الذى يبيح تلك المخالطة .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن فكرة العقد تشبه من بعض الوجوه فكرة العقد فى الشريعة الإسلامية ، وإن كانت لا ترتب كل آثار العقد فى هذه الشريعة . ففى الشريعة الإسلامية يعتبر الزواج تاما بمجرد العقد على نحو يبيح المخالطة الجسدية ويرتب التوارث بين الزوجين .

ويتضح من ذلك أن الخطبة لدى الكنائس المذكورة تتميز تماما عن الزواج أما العقد والتكليل فهما مرحلتين من مراحل الزواج ذاته . كذلك يتضح أن مرحلة العقد لدى هذه الكنائس تمثل مرحلة الخطبة الدينية لدى الكنائس البيزنطية

وترتب آثارها . وقد انتهى امر كما انتهى إليه لدى الكنائس البيزنطية بالاكتفاء بأخذ رضا الزوجين عند التكليل ، فتوحدت بذلك مرحلتى الزواج .

وقد عرفت الكنيسة القبطية الارثوذكسية نوعين من الخطبة السابقة على مراحل الزواج (١) . فقد وجد لديها ما يسمى بالخطبة البسيطة التى تتمثل فى اتفاق بين الطرفين يتم دون طقوس دينية ويجوز الرجوع فيه دون أن يرتب هذا الرجوع اثرا قانونيا خاصا . إلى جانب ذلك عرفت هذه الكنيسة الخطبة الرسمية التى تتم فى احتفال دينى بعد التأكد من عدم قيام مانع من الزواج وتناسب السن ويحرر بها كتاب يوقع عليه الطرفان والشهود ويصدق عليه الكاهن . أما الزواج ذاته فيتمثل فى مرحلتين : الاملاك والتكليل . فأما مرحلة الاملاك فتتمثل فى نوع من التعاقد يماثل مرحلة العقد لدى الكنائس الكلدانية والسريانية . هذا الاملاك ينشىء على عاتق الطرفين التزاما باتمام الزواج فى المدة المحددة ، ولكن لا يبيح المخالطة الجسدية . وأما التكليل الذي يبيح المخالطة ، فهو الصلاة التى تحل الرجال للنساء والنساء للرجال .

ويلاحظ فى هذا الشأن أنه كان من الجائز أن تسبق الاملاك خطبة رسمية أو لا تسبقه مثل هذه الخطبة . وفى هذه الحالة الاخيرة كان الاملاك يختلط بالخطبة . كذلك يلاحظ أن الامر قد انتهى إلى اجراء طقوس الاملاك مع طقوس الاكليل ذاته . وقد قصد بذلك منع الناس من الاستعاضة به عن الخطبة العادية . ومن ذلك يتضح أن التطور انتهى لدى الكنيسة القبطية إلى ابراز كيان مستقل للخطبة عن الاملاك ، وهذا ما يظهر فى المجموعات الحديثة حيث عنيت بتنظيم الخطبة كوعد

---

(١) أنظر تفصيلا أوفى لمراحل الزواج لدى الاقباط الارثوذكس فى مؤلف ثروت انيس الاسيوطى ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ وما بعدها .

سابق على الزواج دون أن تنظم عقد الاملاك .

ودراسة الخطبة بهذا المفهوم الذى تتميز به عن الزواج وتهدف إلى مجرد التمهيد له ، يقتضى أن نتبين كيفية أتمامها ثم كيفية انحلالها .

المبحث الاول : اتمام الخطبة .

المبحث الثانى : انحلال الخطبة .

المبحث الأول

اتمام الخطبة

١٠٢ — تعرف الخطبة عادة بأنها وعد متبادل باتمام الزواج بين المتواعدين فى المستقبل . وهى بذلك ليست مجرد وضع مشروع للزواج وانما تتجاوز ذلك الى الوعد بابرام الزواج فى المستقبل من كل من الطرفين ، سواء تحدد له تاريخ معين من جانب الطرفين أو ترك تحديد هذا التاريخ للظروف والعادات المحلية .

وحتى تتم الخطبة بهذا المفهوم لا بد أن تتوافر شروط معينة تحددها ذاتيتها وذاتية المحل الذى ترد عليه وهو اتمام الزواج فى المستقبل . غير أن الشرائع المسيحية تحرص على اعلان الخطبة بعد اتمامها تمكينا للكافة من العلم بمشروع الزواج المستقبل والاعتراض عليه إذا ما وجد به ما يحول شرعا دون اتمامه .

المطلب الاول : شروط الخطبة .

المطلب الثانى : إعلان الخطبة .

المطلب الاول

شروط الخطبة

١٠٣ — كون الخطبة وعدا متبادلا لابرام الزواج فى المستقبل يحدد العنصر

الأول اللازم لاتمامها ، وهو ارادة الطرفين . فلابد من إيجاب أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر .

وعلى هذا النحو تنص المادة الأولى من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس على أن الخطبة « عقد بين الرجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج فى أجل محدد » وتنص المادة الرابعة من المجموعة المذكورة على أن الخطبة تتم بايجاب من أحدهما وقبول من الآخر ، وبالمثل تنص المادة الثانية من شريعة الانجيليين على أن الخطبه تتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى .

والتعبير عن الإرادة فى الخطبة — نظرا للصبغة الشخصية الخالصة لموضوعه — لا بد أن يصدر من الخطيبين ذاتهما . فلا يجوز أن تتعقد الخطبة بارادة شخص آخر غيرهما اياً كان . والشرائع المسيحية لا تعرف ولايه الاجبار التى تعرفها الشريعة الإسلامية والتى بمقتضاها يجوز لولى النفس أن يزوج صغيرة .

على أنه إذا كانت ارادة الخطيبين لازمه فى جميع الاحوال ، فهى لا تكفى وحدها لاتمام الخطبة إذا كان احد الخطيبين لم يبلغ السن التى تزول فيها الولاية على النفس ففى هذه الحالة تلزم موافقه الولى إلى جانب ارادة الخطيب ذاته .

ويشترط فى الرضا أن يكون سليما خاليا من العيوب . فالغلط أو الاكراه وغيرهما من العيوب التى يتصور أن تلحق بإرادة الزواج تجعل الخطبة باطلة ، غير أن عيوب الرضاء لاتحتل أهمية تذكر فى مجال الخطبة على عكس الحال فى مجال الزواج ذاته . ذلك أن الخطبة يجوز العدول عنها دون حاجة إلى الالتجاء إلى دعوى الابطال للعيب على نحو ما سوف نره ومع ذلك فمن المتصور الالتجاء إلى هذه الدعوى تفاديا لاحتمال المساءلة عن التعويض الذى قد يترتب على العدول .

كذلك يشترط فى الرضا توافر سن معينة فى كل من الخطيبين . وقد اختلفت الشرائع فى تحديد هذه السن ، وأن كانت أغلبيتها قد حددت للخطبة سنا أقل من سن الزواج . فبينما سن الزواج لدى الاقباط الارثوذكس هى ١٨ سنة للرجل و ١٦

سنة للمرأة، نجد أن سن الخطبة ١٧ سنة للرجل و ١٥ سنة للمرأة . وبينما سن الزواج لدى الكاثوليك هو ١٦ سنة للرجل و ١٤ سنة للمرأة ، نجد الارادة الرسولية لا تحدد سنا معينا للخطبة أكتفاء بسن التمييز وهو سن السابعة . أما لدى الانجيليين فسن الخطبة هي ذات سن الرشد . والمقصود بذلك سن الرشد بالنسبة للزواج وهي ١٨ سنة للرجل و ١٤ سنة للمرأة .

ولما كانت الخطبة هي وعد باتمام الزواج في المستقبل ، فقد كان من الطبيعي أن يحول دون صحتها ما يحول دون صحة الزواج من موانع ، ولذلك فلا تصح خطبة من تربطهم قرابة تمنع من الزواج ، أو خطبة معتنق الديانة على التفصيل السابق . على أنه يلاحظ في هذا الصدد ما سبق أن رأيناه من أن بعض موانع الزواج تعتبر موانع مؤقتة وتقبل الزوال كما هو الحال في مانع اختلاف الدين أو المذهب مثلا أو مانع العدة . ولما كانت الخطبة لا تعتبر زواجا، وإنما مجرد تواعد على اتمام الزواج في المستقبل ، فمن المتصور أن يكون هناك مانع من هذه الموانع وقت الخطبة ثم يتحقق زواله وقت الزواج . لذلك يثور التساؤل عما إذا كانت الموانع المؤقتة تحول دون صحة الخطبة . وقد ذهبت الخلاصة القانونية في هذا الصدد إلى أن العدة لا تمنع الخطبة . وأيا ما كان الرأى فقد لا يتسنى ابرام الخطبة رسميا أمام رجل الدين في حالة وجود المانع حتى لو كان مؤقتا . وذلك أن رجل الدين عليه — كما سنرى — أن يتأكد من خلو الزوجين من الموانع قبل اتخاذ الاجراءات اللازمة لاتمام الخطبة .

١٠٤ — وقد سبق أن رأينا أن بعض الطوائف التي تنظم الخطبة تشترط

لصحة الخطبة اتمامها فى شكل معين . لذلك فالشكل فى هذه الشرائع يشــل العنصر الثانى اللازم لتمام الخطبة (١) .

فالخطبة عند الاقباط الارثوذكس يجب أن تتم على يد كاهن من كهنة الكنيسة القبطية الارثوذكسية . والكاهن عليه أن يتأكد من شخصية الطرفين ورضاهما بالخطبة وخلوهما من الموانع ومن أنهما سوف يبلغان سن الزواج فى الوقت الذى يحددانه له . ثم عليه بعد ذلك أن يقوم باثبات الخطبة فى وثيقة يوقعها كل من الخطيبين — أو ولى القاصر منهما — والشهود ، وأن يصادق على هذه التوقيعات ، ثم يتلو الوثيقة على الحاضرين ، ويقوم بحفظها من بعـــد فى سجل خاص معه . فاذا لم تتخذ الخطبة هـــذا الشكل كانت مجرد خطبة عادية ، تخضع للشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية (٢) .

أما بالنسبة للكاثوليك ، فلم يكن يشترط فى الخطبة أى شكل خاص . غير أن هذا الوضع كثيرا ما كان يترتب عليه عواقب وخيمة من حيث التغرير بالفتيات عديمات الخبرة وفتح الباب أمام الخلافات . لذلك فقد جاءت الارادة الرسولية فى مادتها السادسة بالنص عـــلى ضرورة اتمام الخطبة أمام رجل الدين وتدوينها فى دفتر معد لذلك . وبذلك صار هناك فارق بين الخطبة الرسمية والخطبة العادية التى تخضع للشريعة العامة .

وأما بالنسبة للانجيليين ، فقد نصت المادة الثالثة من شريعتهم على أنه « وتثبت الخطبة بكتابة محضر يمضى بشهادة شاهدين على الاقل ، ويفهم مما ورد فى صدر

---

(١) عبد الناصر توفيق العطار ، أحكام الأسرة ، ص ٢٤ ، ص ٣٠

(٢) حسام الأهوانى المرجع السابق ، ص ٢٥٧

المادة المذكورة من أن الخطبة تتم بالكيفية والشروط المعروفة فى باب عقد الزواج، أنه يلزم اجراء الخطبة أمام رجل الدين .

هذا وقد صدر على أثر توحيد القضاء فى مسائل الاحوال الشخصية، القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٥ معدلا أحكام القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق . وقد نص هذا القانون على الغاء اقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية والمليسة واحالة سجلاتها إلى مكاتب التوثيق . كذلك فقد نص هذا القانون على أن يتولى عقود الزواج والطلاق بالنسبة للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل ، دون أن يشير إلى توثيق الخطبة . وترتيبا على ذلك يذهب الفقه إلى أن توثيق الخطبة الرسمية - أو بمعنى آخر استيفاء العنصر الشكلى للخطبة - مازال من اختصاص رجل الدين المسيحى (١) على نحو يؤدى معه عدم قيامه بذلك إلى اعتبار أن الخطبة خطبة بسيطة تخضع للشريعة العامة .

---

(١) فى هذا المعنى ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، ٤٣٦ ، حسام الأهوانى ، المرجع السابق ص ١٦٢ ومع ذلك فلاحظ البعض (عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص ٢٢) أن « القانون قد جعل مكاتب التوثيق مختصة بتوثيق جميع المحررات ومن بينها بداهة توثيق الخطبة إذا أراد ذو والشأن ذلك، ولم يستثن المشرع من هذا الاختصاص الشامل غير عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق ... » . فى هذا المعنى ، أنظر - حسين توفيق رضا ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

المطب الثانى

اع ـــــــــ لان الخطبة

كيفية الاعلان :

١٠٥ — لعل الوظيفة العملية التى يؤديها عنصر الشكل فى الخطبة هى التمكين من اشهارها والاعلان عنها . ولذلك نجد الشرائع المسيحية المختلفة تحدد سبلا معينة لهذا الاشهار وتلقى به على عاتق الكاهن .

ففى شريعة الاقباط الارثوذكس يلتزم الكاهن بتحرير ملخص من الخطبة فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخ حصولها ووضعه فى لوحة الاعلانات بالكنيسة مدة عشرة ايام تشتمل على يومى أحد . وتنص المادة ٩ من مجموعة ١٩٥٥ على أنه إذا لم يتم الزواج خلال سنة من تاريخ انقضاء ميعاد العشرة أيام السابقة فلا يجوز حصوله الا بعد اعلان جديد .

أما فى الشريعة الكاثوليكية فالاعلان يكون بأحد طريقين : المناداه أو الاعلان الكتابى . فأما المناداه فهى اعلان شفوى يجريه الكاهن ثلاث مرات متتالية فى أيام الآحاد والاعياد المحلية الموصى بالبطالة فيها . أما . الاعلان الكتابى فيكون باعلان مكتوب باسم الخطيبين يعلق على باب الكنيسة خلال مدة لا تقل عن ثمانية أيام تشتمل على يومى بطالة (١)

وتقضى شريعة الكاثوليك بأنه إذا لم يتم الزواج فى بحر ستة أشهر من الاعلان وجبت اعادته من جديد ، إلا إذا رأى الرئيس الدينى غير ذلك .

---

(١) ولم تنظم الشريعة البروتستنتية اعلان الخطبة .

هذا ويلاحظ أن الاعلان عن الخطبة يجوز الاعفاء منه إذا رأى الرئيس الدينى ضرورة لذلك ، كما إذا خيف من الكيد أو الفضيحة ، أو لم يكن هناك أى فائدة من الاعلان ومثال هذه الحالة الأخيرة حالة ما إذا كان الطرفان غير معروفين فى الجهة التى يعين فيها الاعلان .

١٠٦ — أهمية الاعلان : وتظهر أهميـــة الاعلان من حيث الكشف عن الموانع والاعتراض على الزواج . ذلك أن الإعلان عن الخطبة يمكن أكبر عدد من الناس من العلم مقدما بالزواج المزمع ابرامه فتتاح بذلك الفرصة للكشف عما قد يكون هناك من موانع تحول دون أتمـــام هذا الزواج . ويلاحظ فى هذا الصدد أن الكشف عن موانع الزواج يعتبر بمثابة واجب على كافة المؤمنين من المسيحيين إلا إذا كان هناك واجب آخر مضاد ، بالسكوت ، أو كان من شأن الكشف عن العيب أن يؤدى إلى ترتيب أضرار جسيمة وشخصيـــة سواء من الناحية المالية أو من ناحية الشرف والسمعة . مثال الحـــالة الأولى المانع الذى يتوصل إليه الكاهن عن طريق الاعتراف، أو المانع الذى يتوصل إليه الطبيب أو المحامى عن طريق مهنته . أما الحالة الثانية فمثالها أن يتعلق الأمر مثلا بالزواج بين أخ وأخته الطبيعية . ففى هذه الحالة قد لا يعرف السر غير الأم ويكون فى ضرر شخص جسيم فشأنها له ضرر شخصى جسيم يلحق بها .

أما الاعتراض على الزواج فهو ليس التزاما ، وإنما حق يعطى لذوى المصلحة وحدهم . وقد حددت مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس فى المادة ٢٨ أصحاب الحق فى الاعتراض . (أ) زوج أحد المتعاقدين (ب) الاب وعند عدم وجوده أو عدم أمكان ابداء رغبته يكون الجد الصحيح ثم الأم ثم لبقية الاقارب الذين تحددهم المادة ١٥٥ (ج) الولى الذى يعينه المجلس الملى وفقا للمادة ١٥٥ .

ويتم الاعتراض فى ظرف العشرة أيام التى . يحصل فيها النشر أو الاعلان عن الخطبة وذلك بتقرير يقدم إلى الرئيس الدينى المختص ويوقع الاعتراض خلال ثلاثة أيام من تاريخ وصوله إلى المحكمة العادية بدلا من المجلس الملى وعليها أن تفصل فيه على وجه السرعة .

ويترتب على الاعتراض عـــدم امكان السير فى اجراءات الزواج الا بعد رفضه بحكم نهائى (م ٨٩١ مرافعات) .

المبحث الثانى

انحلال الخطبة

١٠٧ — الاصل أن تنتهى الخطبة بالزواج ولكن الخطبة قد لا توصل إلى هذه النهاية السعيدة . فقد يتوفى أحد الخطيبين قبل اتمام الزواج وتنتهى الخطبة من تلقاء نفسها ، وقد يتوافق الطرفان على العدول عن مشروع الزواج ، وقد يتم العدول بإرادة أحد الطرفين وحده دون ارادة الطرف الآخر ، ويحدث ذلك فى الغالب من جانب الخطيب .

فأما الانتهاء بالوفاة فلا يثير صعوبة بصفة عامة وقد نظمت بعض الشرائع أثار الانتهاء فى هـــذه الحالة . وفقا للمادة ١٣ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس اذا توفى الخاطب كان لورثته استرداد المهر أو ما اشـــترى به من جهاز ، واذا توفيت المخطوبة كان للخاطب أن يسترد المهر أو ما اشترى به من جهاز ، أما الهدايا فلا يجوز استردادها فى الحالتين .

وهذه الاحكام لا تثير صعوبة فى اعمالها نظرا لاتفاقها مع القواعد العامة .

ذلك أن المهر لا يجدله سبباً قانونيا الا فى الزواج المزمع ابرامه فاذا ما أصبح الزواج مستحيلا صار المهر بلا سبب على نحو يجوز معه المطالبة به أو ما اشترى به من جهاز على أساس الاثراء بلا سبب . أما الهدايا فيتوقف أمر الحكم الوارد فيها على تكييفها وما اذا كان هذا التكييف يؤدى الى اعتبارها من مسائل الاحوال الشخصية أو العينية . فان أمكن اعتبارها من قبيل الهبة كانت من مسائل الاحوال العينية وخضعت لاحكام القانون المدنى التى تؤدى الى ذات النتيجة وهى عدم جواز الاسترداد . ذلك أن المادة ٥٠٢ من القانون المدنى تنص على عدم جواز الرجوع فى الهبة اذا مات أحد طرفيها (١) .

أما الشريعة الكاثوليكية فتشير فى هذا الشأن إلى العرف والقواعد العامة.

وأما شريعة الانجيليين فتنص على أنه واذا مات أحد الخطيبين وكانت الخطبة تمت بصفة رسمية ، فللخاطب الآخر أن يسترجع ما أعطاه للمتوفى من مهر أو هدايا عدا ما استهلك بشرط رد ما يكون أخذ من المتوفى ، وهذا النص الأخير يثير صعوبة فيما يقضى به من امكان استرداد الهدايا فيما لو اعتبرنا الهدايا من قبيل الهبة التى تخضع لاحكام القانون المدنى ذلك أن المادة ٥٠٢ من القانون المدنى تقضى بعدم جواز الرجوع فى الهدية بعد الوفاة كما قدمنا . لذلك فتطبيق هذا الحكم يتوقف على مدى اعتبار مسألة الهدايا من مسائل الاحوال الشخصية أو من مسائل الأحوال العينية.

كذلك الامر فى إنتهاء الخطبة بالاتفاق . والغالب أن يعنى الطرفان بتنظيم الاثارة فاذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق فيتعين إعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل الخطبة ، تطبيقاً للقواعد العامة .

على أن الامر ليس كذلك فى الإنهاء بارادة منفردة . فهذا الإنهاء تتوقف

---

(١) فى هذا المعنى : حسام الدين الاهوانى فى المرجع السابق ، ص ٢٨٩ .

أثاره على مدى إعتبار الخطبة عقدا بالمعنى الصحيح . وفى ذلك يختلف موقف الشرائع الدينية غير الإسلامية عن موقف محكمة النقض لذلك كان علينا أن نعرض لهذا الإنهاء بشىء من التفصيل .

المطلب الأول : موقف الشرائع الدينية

المطلب الثانى : موقف محكمة النقض

المطلب الاول

موقف الشرائع الدينية

١٠٨ — إذا كانت الخطبة تتمثل فى وعد متبادل من الطرفين باتمام الزواج فى المستقبل فمن المسلم به أنه يجوز لكل من الطرفين أن يعدل عنها بحيث لا يمكن اكراهه على اتمام الزواج إذا ما انتهت نتيجة الخطبة إلى عدم تحقيق التوافق والتفاهم اللازم للزواج . ولذلك تقرر قواعد القانون الكنسى صراحة أنه لا توجد هناك أية دعوى المطالبة بابرام الزواج حتى ولو كانت الخطبة صحيحة من حيث الشكل والموضوع .

غير أن قواعد القانون الكنسى تقرر بجانب ذلك أن العدول يجب أن يكون له سبب يبرره وترتب نتائج مالية معينة فى حالة عدم ثبوت مثل هذا المبرر . فبالنسبة لمشروعية العدول تقرر المادة ١ من المجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس أن لكل من الخطيبين حق العدول عن الخطبة وتقرر المادة التالية لها أنه لابد أن يكون العدول بمقتضا والامر كذلك بالنسبة للانجيليين .

وقد نصت المادة ٤ من القواعد الخاصه بالانجيليين على أن السبب الكافى لفسخ الخطبة يمكن أن يكون أحد الاسباب الآتية : (١) إذا ظهر فساد فى أخلاق

أحدهما فيما يختص بالعفه ولم يكن معلوما للاخر قبـــل الخطبة (٢) إذا ظهر بأحدهما عاهة سابقة على الخطبة لم تكن معلومة للاخر (٣) إذا وجد بأحدهما مرض فتاك معد . (٤) إذا أعتنق أحدهما دينا أخر بعد الخطبة (٥) إذا ارتكب أحدهما جريمة مهينة للشرف وحكم عليه بسببها بالحبس سنة فأكثر (٦) إذا غاب أحد الخطيبين ، إلى جهة غير معلومة للاخر ، أو بدون رضاه وطالت مدة الغياب حتى بلغت سنة ، علاوة على الأجل المحدد للزواج .

ويمكن الاسترشاد بهذه الأسباب فى تقرير مشروعية العدول لدى الاقباط الارثوذكس .

أما فيما يتعلق بالاثار المالية فقد نصت المادة ١٢ من مجموعة ١٩٥٥ بالنسبة للاقباط الأرثوذكس على أنه «إذا عدل الخاطب عن الخطبة بغير مقتضى فلا حق له فى استرداد ما يكون قد قدمه مهر أو هدايا . وإذا عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مقتضى فللخاطب أن يسترد ما قدمه من المهر أو الهدايا غير المستهلكة . هذا فضلا عما لكل من الخاطبين من الحق فى مطالبة الاخر أمام المجلس الملى بتعويض عن الضرر الذى لحقه من جراء عدوله عن الخطبة . أما بالنسبة للانجيليين فقد نصت المادة الثالثة من شريعتهم على أنه إذا عدل أحد الخاطبين بدون سبب كاف حكمت السلطة المختصة بالتعويضات ويخصم من التعويضات المذكورة ما يكون قد دفع نقدا من أحد الخطيبين . أما الهدايا العينية فتضيع على الناكص وتبقى للاخـــر .

١٠٩ — وقد ذهب الفقه تأسيسا على هذه النصوص التى تقرن مشروعية العدول عن الخطبة بتوافر المبرر وترتب أثارا مالية على العدول غير المشروع إلى أن الخطبة تعتبر عقدا من الناحية القانونية ، يترتب عليه قيام التزام على كل من الطرفين بإتمام الزواج فى المستقبل غير أن هذا الإلتزام — نظرا لمساسه بالحرية الشخصية —

لا يمكن تنفيذه عينا ومن ثم يكون تنفيذه بطريق التعويض (١) . ولذلك فمنطق هذا التصوير يؤدى إلى قيام مسئولية الطرف الذى يعدل مالم يقم بإثبات مبرر مشروع للعدول . فإذا عجز عن ذلك كان مسئولا والتزم بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر بسبب العدول ذاته . وبعبارة أخرى فالامر يتعلق فى الواقع بمسئولية عقدية (٢) .

ولاشك أن هـــذا الرأى يمكن أن يفسر القول بعدم امكان الرجوع عن الخطبة دون مبرر ، وبأن هذا الرجوع لا يرتب سوى آثاراً مالية ، دون أن يتجاوز ذلك إلى الارغام على إتمام الزواج. غيرأنه يبقى بعد ذلك أن تنفيذ الالتزام بطريق التعويض، نظراً لعدم امكان الالتجاء إلى التنفيذ العينى ، يفترض الخضوع للقواعد العامة فى التعويض والتى تجعل التعويض فى حدود الضرر لا يمكن أن يتجاوزه، ولذلك يظل القول بسقوط الحق فى استرداد المهر والهدايا لدى الاقباط الارثوذكس فى حالة الرجوع من جانب الزوج ـ بجانب التزامه بالتعويض ـ امراً غير مفهوم. وكذلك الشأن فى الهدايا العينية بالنسبة للانجيليين (٣)

المطلب الثانى

موقف محكمة النقض

١١٠ ـ أما محكمة النقض المصرية فيبدو أنها تفرق بين مسألة التعويض وبين مسألة

---

(١) شفيق شحاته : المرجع السابق ج ١ ، ص ٨٠ ، قرب : عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ، ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) ويذهب الفقه الغالب الى ان الخطبة عقد غير لازم. ويقرب البعض بين هذا العقد وبين عقد التأمين حيث تجيز المادة ٧٥٩ مدنى للمستأمن فى التأمين على الحياه أن يتحلل فى أى وقت من من عقد التأمين باخطار وكتابى (ثروت انيس الاسيوطى ، المرجع السابق ، ص ١٦٢)

(٣) فى هذا المعنى مصير تناغو ، الرجع السابق ، ص ١١٥

سقوط الحق فى المهر والهدايا . غير أن المحكمة فيما يبدو تتخذ فى هـذا الصدد موقفين متغايرين كان يصعب التوفيق بينهما عـلى أساس نظرة واحدة لتكييف الخطبة قبل الغاء المادة ١٣ من قانون نظام القضاء التى كانت تجعل الهبة من مسائل الاحوال الشخصية .

مسألة التعويض :

١٤١ — ففيما يتعلق بالتعويض رفضت المحكمة اعتبار مسئولية العادل عن الخطبة مسئولية عقدية . واقتصرت فى هذا الصدد على تقرير مبدأ مساءلته وفقا لاحكام المسئولية التقصيرية . بل وفى اعمال احكام هذه المسئولية الاخيرة رفضت المحكمة البحث فى مدى اعتبار العدول فى ذاته خطأ يمكن أن يستوجب التعويض ، واشترطت لقيام المسئولية أن يكون العدول قد لازمته أفعال أخرى مستقلة استقلالا تاما ترتب عليها ضرر مادى أو أدبى للطرف الاخر . فقد قضت المحكمة فى حكمها الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ [١] وأن الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء خصوصاً وأنه يجب فى هـذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع . وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبـار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا ، وكانت هذه الافعال قد ألحقت ضرراً ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين فأنها تكون

(١) مجموعة القواعد القانونية ، جـ ١ ص ١١٨ ، ١١٩ ، بنـد ١٠ ، جـ ٣ ، ص ٦٩ ، بند ٤٨ .

مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها فى حد ذاتها — بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتضمين » .

وهذا الموقف الذى أتخذته المحكمة لم يقتصر على المسلمين أو غير المسلمين الخاضعين للشريعة الإسلامية وإنما إمتد كذلك إلى غير المسلمين الخاضعين لشرائعهم فقد قضت المحكمة فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٠ [1] فى هذا الصدد « يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية ، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ، ومستقلة عنه إستقلالا تاما ، ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر فاذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة ، على ماورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ماسبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص إبنته بنصيبها فى ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب ، عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه ، ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ، ومجردا عن أى فعل خاطىء مستقل عنه ، فان الحكم المطعون فيه يكون حينئذ قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض » .

١١٢ — وقد أثار موقف المحكمة من مشكلة التعويض على هذا النحو صعوبة كبيرة فى تفسيره .

فقد ذهب رأى إلى تفسير موقف المحكمة بالقول بأن اعتبار الخطبة عقدا بالمعنى الفنى ، ينشىء التزاما ، بالزواج ، يتنافى مع طبيعة الخطبة ووظيفتها

---

(١) نقض ١٥ / ١١ / ١٩٦٢ ، مجموعة المادة القانونية ، ص ٧٧ بند ١٢٧ .

كما يتنافى مع حرية الزواج الواجب كفالتها على الأخص فى الشرائع المسيحية .
ولذلك فالخطبة لا يمكن أن تكون عقدا ملزما ، والمعدول عنها لا يمكن أن يتقيد
بتسليم المهر أو بغيره من الآثار المالية التى ترتبها النصوص السابق الإشارة إليها .
فمثل هذه النصوص يجب إستبعادها لمخالفتها للنظام العام[1] وعلى هذا النحو يكون
موقف المحكمة من قصر التعويض على الأفعال الضارة المنفصلة التى يمكن أن تصاحب
العدول مفهوما على أساس استبعاد حكم الشرائع الدينية الخاصة لمخالفته للنظام
العام ؛ بما يؤدى إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية عند تحقق المخالفة .

وقد إتجه رأى آخر إلى تفسير موقف المحكمة على أساس أن الخطبة لم تعد
خاضعة لولاية الشرائع الدينية الطائفية وإنما أصبحت خاضعة لقواعد موحدة هى
القواعد التى وضعتها محكمة النقض ذلك أن هذا الرأى لا يقر التقيد بحرفية المادة
السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تجعل الإختصاص فى مسائل
الأحوال الشخصية للشرائع الدينية ويقصر هذه الولاية على مالم يتم توحيده من
مسائل. ولذلك يذهب إلى أن مسألة الخطبة تعتبر من المسائل التى توحد فيها القانون
بالنسبة للمصريين على إختلاف طوائفهم بما قضت به محكمة النقض. والخطبة وفقا
لهذا القضاء لاتعتبر عقدا . ولذلك فالعدول عنها لا يرتب مسئولية عقدية وإنما
مجرد مسئولية تقصيرية[2] .

---

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها ، عبد الناصر توفيق العطار ،
المرجع السابق ، ص ٥٩ .

(٢) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ١١٨ ، وما بعدها .

وإذا كنا نؤيد الرأى الذى يذهب خروج مسائل الأحوال الشخصية عن ولاية الشرائع الدينية كلما كانت هناك قواعد موحدة ، فإننا لا نوافقه فيما يذهب إليه من وجود قواعد موحدة فى شأن العدول عن الخطبة والتعويض عنه مصدرها القضاء . ذلك أنه ليس للقضاء مثل هذه السلطة فى توحيد القواعد المعمول بها إذا كانت التشريعات التى تشير إليها قواعد الاسناد مختلفة فى هذا الشأن .

ولذلك ففكرة التوحيد ذاتها لا تكفى لتبرير قضاء محكمة النقض فى ظل قيام المادة ١٣ من قانون نظام القضاء التى كانت تجعل الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ، وعلى هذا النحو فلا مناص من الالتجاء إلى فكرة النظام العام لتبرير قضاء المحكمة المذكور .

مسألة رد الهدايا والمهر :

١١٣ – غير أن محكمة النقض يبدو أنها اتخذت موقفا مخالفا فيما يتعلق برد الهدايا والمهر (١) . فقد رأت أن هذه المسائل لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ولا تخضع بالتالى لولاية الشرائع الدينية – سواء فى ذلك الشرائع الخاصة أو الشريعة العامة . وإنما لولاية القانون المدنى الذى تنطبق أحكامه على جميع المصريين بصرف النظر عن دياناتهم . فقد اعتبرت المحكمة أن الهدايا تعتبر من قبيل الهبة لأنها ليست من أركان الزواج ولا من شروطه التى يتوقف عليها صحته (٢) ومن الواضح أن الهبة لا تعتبر من مسائل الاحوال الشخصية على الاقل

---

(١) قارن : حسين توفيق رضا المرجع السابق ، ص ١٦٤ ،

(٢) نقض ٢٤/ ١٠ /١٩٦٣ ، مجموعة المبادىء القانونية ، ص ٧٧ ، بند ١٢٨ ، نقض ٢٤/١٠ ، ٩٦٣ ، المجموعة السابقة ، ص ٧٨ ، بند ١٢٩ ، وانظر كذلك فى اعتبار الشبكة عقدا من عقود التبرع تعتبر الخطبة سببا – أو باعثا دافعا له – ، وفى أن فسخ الخطبة لا يؤدى انعدام السبب : نقض ٢٤/١٩/١٩٦٤ ، المجموعة السابق ، ٧٨ بند ١٣٠